

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA CHEFA

(DROIT DE RACHAT DANS LA LOI MUSULMANE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 13 janvier 1910, à 3 heures

PAR

André MARNEUR

Lauréat de l'Ecole de Droit d'Alger

Président : M. JOBBÉ-DUVAL, professeur.

Co-ffragants : } **MM. LESEUR, professeur.**
 } **PERREAU, professeur.**

LIBRAIRIE

De la Société du Recueil J.B. Sirey, & du Journal du Palais
Ancienne Maison **L. LAROSE & FORCEL**
22, Rue Soufflot, PARIS, V^e Arr^t.

L. LAROSE & L. TENIN DIRECTEURS

1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA CHEFA

(DROIT DE RACHAT DANS LA LOI MUSULMANE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 13 janvier 1910, à 3 heures

PAR

André MARNEUR

Lauréat de l'Ecole de Droit d'Alger

Président : M. JOBBÉ-DUVAL, professeur.

Suffragants : } MM. LESEUR, professeur.
PERREAU, professeur.



LIBRAIRIE

De la Société du Recueil J.-B. Sirey, & du Journal du Palais

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, V^e Arr^t.

L. LAROSE & L. TENIN DIRECTEURS

1910

Digitized by the Internet Archive
in 2026

MEIS

LA CHEFA

DROIT DE RACHAT DANS LA LOI MUSULMANE

AVANT-PROPOS

Le droit comparé est considéré comme une source très abondante de science juridique. Il est utile de rechercher quelles sont les institutions des peuples étrangers pour éviter les fautes dans lesquelles ils ont pu tomber, ou les suivre dans la voie du progrès. Rien n'est plus funeste pour un pays que de se tenir à l'écart du mouvement législatif des autres pays. Car il n'est pas douteux qu'il se produit une sorte d'unification des civilisations et des niveaux juridiques dont doit être conscient tout législateur moderne. Et ceci nous pousse à délaissier un instant l'étude de nos propres institutions pour nous pénétrer de l'esprit de celles de l'étranger, afin de pou-

voir juger d'un œil plus sévère les mouvements juridiques de notre pays.

Il peut être bon de remonter un peu dans l'histoire et de suivre une institution dans son évolution entière, sans oublier cependant que la variété des milieux sociaux et politiques commande les différences des règles de droit. Par des études nombreuses on arrivera à concevoir un type idéal pour un groupement déterminé à une époque donnée.

Nous avons cru devoir nous tourner vers le droit musulman. En effet en même temps que l'objet de cette étude est une société très différente de la nôtre, l'Islam nous offre un exemple de règles de droit développées régulièrement, et sans trouble. « L'Islamisme, dit M. Lambert, constitue un milieu favorable pour l'observation des mouvements extra-législatifs du droit. Le maintien indéfini du lien de dépendance rattachant le droit à la religion y a créé un obstacle invincible à la constitution de cet organe particulier de production des normes juridiques : la législation. La conception d'une aptitude naturelle, soit du souverain, soit de la collectivité, à abroger ou transformer officiellement les règles de droit existant, par des actes volontaires et raisonnés ne s'y est jamais acclimatée. Le déroulement insensible de la coutume sacrée n'y a jamais été troublé, ni accéléré par l'intervention soit de lois profanes, comme les statuts anglais ou nos anciennes ordon-

nances, soit de lois religieuses comme les canons de nos conciles ou les décrétales des papes chrétiens (1). »

A côté de l'intérêt juridique, le sujet choisi est un de ceux qu'il est le plus intéressant d'étudier au point de vue de la formation des sociétés. La *chefâ* est le droit donné au copropriétaire ou au voisin de racheter la terre vendue par son copropriétaire ou son voisin. C'est une institution destinée à maintenir l'autonomie politique d'un milieu social, en même temps que la pureté de la race. Née de cette idée qu'en dehors de la famille, de la tribu, il n'est point d'existence possible, la *chefâ* s'est trouvée en contradiction avec les nécessités d'une civilisation plus avancée, où l'individu s'émancipe et vit par lui-même et pour lui-même. Elle devait changer d'objet ou disparaître. C'est à quoi ont tendu tous les efforts des docteurs, soit qu'ils aient donné aux *hadits* des explications qu'ils ne comportaient pas, soit qu'ils aient accepté la possibilité de tourner la loi par des subtilités juridiques, qu'il fallut admettre avec le changement du milieu économique et politique. Tant il est vrai que tout évolue, même le droit musulman, n'en déplaie aux jurisconsultes de l'Islam.

1. Lambert. *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Introduction: la fonction du droit civil comparé. Paris, 1903, 283 et sq.

Au surplus cette étude comporte un troisième intérêt. Les États européens ont des possessions en pays musulman. Comment tranchera-t-on le conflit qui se présente entre le besoin de terres des colons, et l'entrave à la liberté de vente des immeubles apportés par la chefâ. Sans en faire la partie principale de notre étude, cependant nous approfondirons la question au point de vue français, après avoir en quelques lignes indiqué les solutions des autres puissances musulmanes, l'Allemagne en Afrique, l'Angleterre pour l'Inde, la Hollande pour l'Extrême-Orient.

Quelques mots d'explication sur la méthode suivie. Nous nous sommes attaché à rechercher la règle de droit dans les rites sunnites (1), examinant en appendice seulement et séparément, afin de ne point compliquer l'exposé, les deux principaux rites hérétiques ; celui des Chiïtes (2), répandu en Perse, et celui des Abadis (3), suivi au Mzab, au Djebel Nefouça,

1. C'est-à-dire orthodoxes, au nombre de quatre à l'heure actuelle. Ce sont ceux de : Abou Hanifa, 80-150 ; Malek, 94-179 ; Chafei, 150-204 ; Ahmed ibn Hanbal, 164-241.

2. D'après les Chiïtes, Ali et sa descendance doivent fournir les successeurs de Mahomet.

3. Les Abadis sont ceux parmi les Kharedjites qui prirent pour chef Abdallah ben Abad, tandis que les autres suivirent Zidane ben Çofar. Les empires çofrites ont disparu. Les Kharedjites considéraient que seuls avaient de la valeur les enseignements de Dieu, que le

dans l'île de Djerba et au pays d'Oman. Nous n'avons pas étudié les institutions locales et coutumières des pays à demi islamisés, croyant préférable de nous en tenir à l'institution purement musulmane, telle qu'elle dérive du droit classique. Cependant nous avons cru bon dans notre seconde partie, consacrée au droit moderne ou local, de faire, selon l'habitude des commentateurs, un exposé succinct des coutumes kabyles et du droit de quasi-chefâ des terres domaniales turques, nous efforçant non pas tant d'approfondir ces institutions que de bien montrer qu'elles sont étrangères au droit musulman.

Ce travail n'est pas sans de grandes faiblesses, les documents nous ont manqué parfois. Du moins pourrions-nous nous consoler en pensant que Charani lui aussi, qui le premier fit un exposé des quatre rites, eut à subir de nombreuses critiques. Loin de nous la pensée de nous comparer à lui. Mais si cette étude peut rendre quelques services pratiques ce sera notre récompense.

Prophète n'était qu'un homme, et que ses dires personnels n'avaient aucune valeur obligatoire. Les Abadis ont conservé les mêmes règles rigoureuses; il n'est d'autres sources pour eux que: le Coran, la Soumma et les décisions des trois premiers Khalifes.

INTRODUCTION

Origines de la chefâ

« Avant le Prophète, dit Ibn Rouchid, lorsqu'un individu avait acheté un enclos, ou une maison ou une portion d'enclos ou de maison, le voisin ou le copropriétaire de l'immeuble se rendait auprès de l'acquéreur et le suppliait de lui céder son marché afin d'éloigner le préjudice qui résultait pour lui de ce marché (1). » Que la chefâ ait existé à l'époque préislamique, quand bien même nous n'aurions pas le témoignage d'Ibn Rouchid, personne n'en peut douter. Elle appartient au nombre de ces institutions qui naissent avec les premiers groupements sociaux et disparaissant lorsque ces groupements n'ont plus raison d'être. Qu'à l'époque de l'Islam il y ait eu sur la portée exacte de la chefâ des hésitations, supprimées plus tard par les disciples, soit. Nous ne croyons pas que toutes les tribus arabes aient admis

1. Zeys, *Traité élémentaire de droit musulman algérien*. Alger, 1885, 1886, II, 73.

les mêmes règles ; mais il est infiniment probable que toutes connaissent un droit de ce genre, car cette institution paraît avoir été répandue dans tout l'Orient.

Les deux modèles limites semblent être d'une part la geullah israélite, d'autre part la protimesis.

La geullah (1) est le droit que le parent, le goël, a d'acheter avant tout autre, ou de racheter, le bien vendu par son parent (2). L'ancien testament nous en donne deux exemples célèbres, d'abord celui de Ruth et Booz (3) dans lequel le privilège est exercé comme droit de préemption, et l'histoire de Jérémie (4) où il y a rachat. Il faut remarquer l'existence d'un ordre de préférence (5) connu d'une manière certaine à partir de l'oncle : c'est le même que pour le rachat du goël esclave : « Le frère ou l'oncle, ou le fils de son oncle, ou quelque autre de son sang ou de sa famille (6). » Il est certain aussi que le goël avait le droit de se refuser au rachat, et qu'alors le privilège passait au goël suivant (7) lorsqu'il risquait de

1. Sur la geullah, voir : Vigouroux. *Dictionnaire de la Bible*. Paris, 1903, v° *Goël* ; Hastings. *A dictionary of the Bible*. Edimburg, 1869, v° *Goël* ; et Jobbé-Duval. *Etude sur l'histoire du retrait lignager*. Paris, 1874, 62 et sq.

2. Lev., XXV, 25.

3. Ruth.

4. Jérémie, XXXII.

5. Ruth, III, 12, 13.

6. Lev., XXV, 48, 49.

7. Arg. tiré de l'histoire de Ruth.

diminuer son patrimoine : cela était possible par suite des relations existant entre la geullah et le levirat (1).

La Bible veut maintenir l'héritage dans la famille (2), non seulement éviter tout contact du peuple juif avec les tribus païennes qui l'environnent, mais encore conserver à chaque tribu sa puissance et ses terres propres (3).

On doit se rappeler d'ailleurs que ce doit de geullah se combinait avec l'institution du jubilé. A la vérité la propriété n'a pu être aliénée, il n'y a que la possession de vendue pour une durée de moins de cinquante ans (4).

Dans une famille fortement constituée comme la famille israélite, c'est au parent que revient le droit de rachat, tandis que dans une société plus lâche ce sera le copropriétaire, mais ce disant nous anticipons sur notre conclusion.

La chefâ offre surtout une ressemblance frappante avec la protimesis (5). On sait qu'en Orient, à côté

1. L.-G. Levy. *La famille dans l'antiquité israélite*. Paris, 1905, 106, 107, 108.

2. Rois, XXI, 3.

3. Arg. tiré de l'histoire des filles de Celophad. Nombres, XXXVI, 6, 9.

4. Lev., XXV, 23.

5. Sur la protimesis voyez : Platon. Observations sur le droit de protimesis en droit byzantin, dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, années 1903, 1904 et 1905; Jobbé-Duval, *op. cit.*, 92 et sq. — La protimesis est surtout connue dans le

du droit romain survécurent les coutumes locales, quelquefois révélées par les documents. « Mitteis a montré cette persistance de l'ancien droit sous la domination théorique du droit romain... la pratique c'est l'ancien droit des peuples conquis qui se maintient et s'applique chaque jour par la classe la plus humble des notaires locaux ou rédacteurs d'actes reproduisant les formulaires des temps plus reculés, antérieurs à la conquête... (1) » Aujourd'hui on s'accorde à reconnaître que la *protimesis* est une de ces institutions, répandue dans tout l'Orient, encore que les textes ne nous permettent pas de la situer exactement (2).

Bien entendu pour faire le parallèle, nous ne considérons la *protimesis* qu'en dehors de la législation fiscale, sans souci des changements que celle-ci a pu introduire.

Ce droit de préférence est donné suivant un ordre certain : d'abord au copropriétaire, puis au voisin ; entre eux on trouve pour la *protimesis* le propriétaire divisé, en droit musulman, celui que le Code ottoman appelle le *khalit*, c'est-à-dire le coproprié-

droit byzantin. C'est un droit de rachat donné à certaines personnes. L'introduction de cette institution orientale dans le droit romain date de Constantin.

1. Platon, *op. cit.*, 1903, 435.

2. *Eod. loc.*, 1903, 436 et sq.

taire d'un bien immeuble, indivis et accessoire de fonds de terre.

Il semble que notre liste ne soit pas complète, qu'il faille citer traditionnellement pour la protimesis avant le copropriétaire les parents et les coacquéreurs. A la vérité, comme l'a montré M. Platon (1), les parents et les coacheteurs sont des copropriétaires, qui ajoutent à ce titre une qualité spéciale, celle de parents et de coacheteurs. La première classe des ayants droit à la protimesis est celle des copropriétaires, mais parmi eux on distingue et on donne la préférence à ceux dont la propriété a la même origine : ce peut être l'héritage, ce peut être un achat. Il n'est pas possible de faire entrer dans une gradation les cohéritiers et les coacquéreurs ; il n'est pas vrai de dire que l'un a le pas sur l'autre. L'on doit les considérer tous deux comme des copropriétaires, mais privilégiés les uns à l'égard des autres, s'agissant d'exercer leur droit sur la part du copropriétaire cohéritier comme eux, ou coacquéreur. La chose est identique en droit musulman. Les chafis (2) de la première classe sont les copropriétaires ; mais on préfère les copropriétaires dont le droit a le même fondement : coacheteurs ou cohéritiers, et si l'on fait plusieurs classes parmi ceux-ci, cela tient au système

1. *Eod. loc.*, 1903, 440 et sq., 511 et sq.

2. Chafi est le terme qui désigne le titulaire de la chefâ.

successoral musulman. Ainsi dans la protimesis comme dans la chefà, l'ayant droit du premier rang est le copropriétaire.

Même conception aussi du voisin dans les deux législations, propriétaires contigus, entre qui existe un limen, une limite, c'est-à-dire dont les deux propriétés se touchent. Le chemin privé n'est pas un obstacle au voisinage : il appartient à l'un ou à l'autre des propriétaires, ou il leur est commun ; il ne supprime pas la contiguïté ou la renforce. Les seuls empêchements possibles sont le chemin public et la rivière publique (1).

Si l'on peut considérer comme évidente l'analogie pour ces deux classes d'ayant droit, il faut plus d'attention pour la troisième, l'intermédiaire dans laquelle nous rangeons d'une part le copropriétaire partagé, d'autre part le copropriétaire d'un bien accessoire. Si dans la protimesis en effet le copropriétaire divisé a droit au privilège (2), la chefà n'est jamais donnée après le partage. Certes il en a dû être ainsi dans les temps anciens ; le privilège du copropriétaire d'un bien accessoire est un vestige de cette époque. Donner le droit de rachat au copropriétaire divisé, comme dans la protimesis, c'est vouloir permettre la reconstitution d'un tout, d'une universitas partagée. Chacune de ces propriétés particuliè-

1. Platon, *op. cit.*, 1904, 5 et sq.

2. *Eod loc.*, 515 et sq.

res sont comme les morceaux du tout originaire : exploitation unique autrefois, exploitation unique encore économiquement, car bien souvent on voit ces parts liées les unes aux autres par des servitudes de passage ou de puisage, par la communauté de pacage ou d'aire à battre. Il y a entre elles une affinité qui les distingue des autres terres, des terres étrangères à ce tout. Cette origine commune subsiste peut-être encore dans la mémoire des propriétaires de ces terres, comme aussi l'oubli a pu se faire. Mais il y a des cas où le souvenir en sera conservé par suite de certaines circonstances : ces liens précisément dont nous parlions tout à l'heure : tous les propriétaires usent du même chemin, qui cependant n'est pas chemin public, ils s'alimentent à un puits commun, ils ont tous droit à l'eau d'une rivière privée. Or là où gît la différence, c'est que dans un cas, la protimesis, on oblige l'ayant droit au privilège à faire la preuve tandis que dans l'autre, la chefâ, on pose des présomptions absolues d'origine commune. Il est probable que primitivement les règles ont été les mêmes, mais dès qu'on a accordé au copropriétaire d'un bien accessoire l'exercice du privilège, on en a oublié la raison, la présomption d'origine commune, et on a supprimé le droit du copropriétaire partagé. Et ceci nous semble vrai d'autant plus qu'on ne peut dire que le copropriétaire d'un bien accessoire est un voisin privilé-

gié, la contiguïté n'étant pas ici une condition.

C'est par un raisonnement analogue qu'il faut expliquer le droit au rachat du voisin. Le voisin, c'est le copropriétaire d'une terre partagée, mais partagée à une époque éloignée dont on n'a plus souvenance, et en faveur de qui on a établi une présomption absolue. S'il est difficile de déterminer quelles sont les bornes de cette unité primitive, à l'origine au contraire, cet ensemble de terres venues d'un même domaine devait avoir des limites très marquées, de grands cours d'eau, des espaces vides, incultes, n'appartenant à personne. C'est seulement lorsque ces terres vagues, ces terres mortes, suivant l'expression du droit musulman, ont été cultivées que les unités premières sont venues à se fondre, lorsque les routes publiques ont été établies que cette ordonnance primitive a disparu (1).

1. La preuve en est dans les règles admises par les hérétiques abadis.

Pour ceux-ci la classe intermédiaire est celle des propriétaires divisés ; tel est le terme employé par eux.

L'étude de cette classe est très intéressante comme argument à l'appui de notre thèse. Il y a là un lien entre le système de la protimesis et celui du droit musulman.

Cette classe intermédiaire ne comprend pas tous les propriétaires divisés. On y range :

1° S'il s'agit de propriété bâtie, les propriétaires d'immeubles différents usant du même chemin ou passage, pourvu que ce chemin offre le caractère d'être fermé à un bout : impasse, cul-de-sac, cou-

En sorte que l'on peut rattacher ce droit de rachat pour toutes les classes d'ayants droit à une idée d'indivision, leur gradation à la persistance plus ou moins forte de cette idée d'indivision.

Donnant ainsi ce fondement commun au droit des trois classes de chafis, il nous est permis de reprendre une opinion généralement combattue à l'heure actuelle touchant l'origine de la chefâ (1). C'est celle de l'influence de la forme collective originaire de la propriété. Non point que nous repoussions absolument la théorie opposée, mais nous croyons qu'elle est insuffisante à elle seule.

M. Morand fait remarquer « que le droit de chefâ peut être pratiqué dans des hypothèses où il ne saurait être question de faire intervenir cette idée d'un droit appartenant à la communauté sur les biens communs et primant ceux des divers communistes.

loir, cour n'ayant qu'une porte. En ceci aucune différence avec le droit sunnite, sauf la dénomination qu'emploient à leur égard les juriconsultes : propriétaires divisés.

2° S'il s'agit de terres de culture, autres règles. C'est là le point intéressant. La chefâ est donnée aux propriétaires divisés, mais : 1° il faut prouver le partage, comme dans la protimesis ; 2° il faut communauté de chemin, où il faut communauté de clôture ; présomption de la loi, comme dans le droit musulman, mais ici présomption insuffisante à elle seule.

1. Morand. *La famille musulmane*, Alger, 1903, 50 et sq. ; Pouyanne. *La propriété foncière en Algérie*, Alger, 1900, 81 ; Larcher. *Traité élémentaire de législation algérienne*, Alger, 1903, II, 248.

Car ce n'est pas seulement à l'encontre d'un acquéreur de droits indivis qu'il peut être exercé » (1). Mais encore à l'encontre du voisin, disposition du droit ancien rapportée par Ibn Rouchid, conservée à notre époque par les Hanafis (2). « L'exercice du droit de chefâ, et cela depuis une époque très reculée, n'implique pas nécessairement l'existence d'une indivision. Et, cependant, l'attribution, au plus proche voisin, du droit de pratiquer ce retrait, ne peut guère se justifier que par cette idée que les divers propriétaires d'une région déterminée ont, vraisemblablement, une même origine, se rattachent à un auteur commun. Il nous paraît certain, également, qu'il s'agit là d'une institution conçue dans l'intérêt de la famille, destinée à lui permettre d'assurer le respect de ses droits et la défense de ses intérêts. Mais puisqu'il est impossible de voir, dans ce droit de chefâ, une survivance du droit sinon exclusif, tout au moins plus fort, qui aurait appartenu à la communauté sur les biens communs (puisque'il peut être exercé sans qu'il y ait communauté de biens), il n'est, à notre avis, d'autre justification de l'existence et de la persistance de ce droit de retrait que celle-ci : il s'agit là d'une institution qui s'est formée et développée à une époque où il n'est pour

1. Morand, *op. cit.*, 51.

2. Eod. *loc.*, 51 et 52.

l'individu d'autre autorité, comme d'autre garantie que celle de la famille, et qui est née de cette situation. L'individu ne peut jouir paisiblement du bénéfice de ses acquisitions sans la protection de la famille, et cette protection la famille la doit à chacun de ses membres. Mais cette obligation qui pèse sur la famille a pour contre-partie l'obligation pour chacun des membres de celle-ci, de ne rien faire qui puisse nuire à la famille, diminuer sa force ou engager sa responsabilité. De là, en quelque sorte, pour la famille, le droit de surveiller, de contrôler les relations de chacun de ses membres avec des étrangers, et de s'opposer à ce que rien de définitif ne puisse s'accomplir sans son assistance (1). »

A l'argument tiré du droit du voisin nous croyons avoir suffisamment répondu par avance en lui donnant le même fondement qu'au droit des autres chafis.

Nous pensons aussi que la chefâ a pour but de conserver à la famille toute sa force, toutefois il nous semble que le régime foncier a influé sur l'institution.

« Une infinité de tribus, les unes sédentaires, le plus grand nombre constamment nomades, sans communauté d'intérêts, sans centre commun, ordinairement en guerre les unes avec les autres, voilà l'Arabie au

1. *Eod. loc.*, 52.

temps de Mahomet (1). » Il n'y avait pas de villes, de cités telles que nous les concevons aujourd'hui. « Médine était un composé de fermes, villages et maisons fortes, plus ou moins éloignés les uns des autres, au milieu des palmeraies, des jardins et des champs ; plus un « synœcisme » qu'une ville (2)... Les habitants ne menaient pas la vie libre des Arabes, mais étaient liés à la glèbe dont ils tiraient surtout des dattes, et aussi de l'orge et divers légumes. Mais quoique paysans, ils avaient conservé la formation en tribus des Arabes nomades. Les liens locaux étaient des liens du sang, de là les noms des lieux sont des noms de famille. La plus petite unité politique était le douar... à la fois ferme et famille. Le douar comprend des palmeraies et des jardins, propriétés communes de la famille. Il y avait aussi d'autres plantations plus éloignées des habitations qui étaient des enclos particuliers... (3) » L'on voit donc à l'époque primitive des tribus, jadis nomades, établies d'une manière définitive sur un terrain qu'elles possèdent collectivement. Pour vivre sur cette terre il faut le consentement de toute la tribu. Si l'un des membres de cette communauté vend la

1. Dozy. *Histoire des Musulmans d'Espagne*. Leyde, 1861, I, 16.

2. Wellhausen. *Medina vor der Islam*, dans *Skizzen und Vorarbeiten*, IV Berlin, 1889, 4. — Synœcisme: réunion de foyers. Le néologisme est dans le texte allemand.

3. *Eod. loc.*, 17 et 18.

jouissance de sa part, la communauté peut retirer la part dont il jouissait, mais dont elle est seule propriétaire. Si cette communauté le veut, elle pourra admettre des étrangers dans son sein et leur donner des terres (1). A la vérité il répugne aux membres d'une communauté d'abandonner leurs champs ou leurs maisons et de recevoir avec eux des étrangers. Cossay, fondant la Mecque en 445 après Jésus-Christ, « divisa l'étendue du terrain qu'embrassa depuis la ville, en différentes portions ou quartiers qu'il assigna pour demeure à sa propre famille, et à celles d'entre les familles des Coraychites qui tenaient de plus près à la sienne » (2). Les mêmes familles auxquelles Cossay avait assigné des quartiers s'y trouvaient encore établies à la naissance de l'Islamisme (3). C'est que sauf le cas d'intérêts majeurs pour le clan,

1. Même à une époque où la propriété collective a fait place à la propriété indivise, c'est ainsi qu'agissent les Musulmans. Voir par exemple : Motylinski. *Guerrara depuis sa fondation*, Alger, 1885 « Avant de venir dans l'Oued Mzab, les Ouled-Bakha et les Ouled-Nouh, appartenant à la secte abadite, habitaient Laghouat. Les Beni Laghouat, malekites, ayant chassé ces deux fractions de leur ville, les Ouled-Bakha vinrent chercher asile à Ghardaïa, les Ouled-Nouh allèrent habiter Beni Isguen. Les gens de Ghardaïa firent bon accueil aux Ouled-Bakha, les installèrent chez eux pour le mieux et leur donnèrent le quart de la ville. » On pourrait citer de nombreux exemples.

2. Caussin de Perceval, *Essai sur l'histoire des Arabes*. Paris, 1848, I, 236.

3. *Eod. loc.*, I, 237.

celui-ci est fermé. L'intégrité de la famille était une garantie de sa force, on évitait des divisions internes, des luttes intestines, à une époque où « au point de vue politique comme au point de vue social la famille est la véritable unité » (1).

En résumé à l'époque préislamique la famille, la tribu, doit conserver son indépendance. Lorsqu'il s'agit non plus de nomades, mais de sédentaires, la terre est propriété collective du groupe qui la donne en jouissance à ses membres ou la leur retire. Ce qu'elle fera lorsque l'un d'eux transmettra sa part de jouissance à un étranger. Devenant pauvre, s'il est forcé de vendre, il proposera donc l'achat à un membre de la tribu et non à un étranger toujours susceptible d'être évincé.

Lorsque la propriété collective est devenue propriété individuelle, mais indivise, que cet enchevêtrement des droits de chaque membre de la communauté sur la terre a cessé d'être un état de droit, pour devenir un état de fait, alors chacun des propriétaires particuliers aurait dû pouvoir vendre sa part librement. Il n'en a pas été ainsi. C'est qu'on n'est pas passé brusquement d'un régime à un autre ; il y a dû avoir dans la réalité des choses un flottement entre les deux états. Et du droit primitif de la collectivité de reprendre le bien aliéné est née la cheffā.

1. Morand, *op. cit.*, 11.

De la nécessité où l'on était d'offrir sa part de jouissance à un membre de la communauté, est restée l'obligation de proposer la vente au chafi. La chefâ nous paraît avoir été un droit de préemption avant d'être un droit de rachat(1). Puis on permit au chafi de prendre pour lui l'achat fait par un autre. Le chafi quel sera-t-il ? Ce n'est plus l'ensemble des propriétaires collectifs, mais chacun des propriétaires indivis, partagés ou non, comme nous l'avons montré plus haut.

A la vérité la chefâ tend bien à maintenir la constitution de la famille, mais nous croyons à l'influence de la forme collective de la propriété. Ce qui le prouve, d'après nous, c'est ce qui se passe, non plus au cas de vente, mais au cas de donation. Vendre à un étranger a pour conséquence la présence de cet étranger, et c'est ce danger qu'évite la chefâ. Mais la donation entraîne le même résultat, et la chefâ ne peut être exercée en ce cas. Comment l'expliquer ? Pour être logique, le chafi aurait dû avoir le droit, qu'il y ait eu vente ou donation, de reprendre le bien transféré. Or il n'en est rien. D'un côté le chafi peut reprendre le bien vendu en payant le prix, de l'autre côté il reste sans pouvoir. Si l'on admettait que l'obligation de payer le prix est née du désir de se montrer équitable, on aurait dû admettre, qu'en

1. Voyez *infra* ce que nous disons des hadits du Çahih d'El Bokhari.

payant la valeur de la chose donnée, le chafi aurait pu s'en emparer. Cela n'est pas possible dans la réalité. Il faut donc qu'il y ait eu une influence quelconque dans le développement de cette institution. C'est, croyons-nous, le stade intermédiaire de la vente forcée aux membres de la communauté, devenue d'abord droit de préemption, puis droit de rachat. Rien de cela dans la donation. Tant que la collectivité était propriétaire, elle pouvait reprendre le bien, dès qu'elle a cessé de l'être elle n'a plus aucun droit. Certes on répond que le danger d'une donation est moins grand, parce que moins fréquent. On donne moins facilement qu'on ne vend. Mais il n'en est pas moins réel. Tout au plus peut-on dire qu'au temps où la donation était annulée, on ne donnait jamais, tandis que les circonstances pouvaient vous forcer de vendre. On ne pouvait concevoir en effet une prédonation comme une préemption. La donation n'a paru possible que lorsque le pouvoir du donateur sur la chose a été complet. Et à cette époque rien dans la coutume n'existait pouvant engendrer la chefâ, comme la préemption l'avait engendrée en cas de vente.

Le rite hanefi seul donne le droit de chefâ au voisin et au copropriétaire d'un droit réel, les autres rites ne reconnaissent comme chafi que le copropriétaire indivis. Faut-il en conclure qu'il en a toujours été ainsi ? On admet en général que le rite

hanefi a conservé la solution ancienne (1) ; les rites maleki et hanefi sont contemporains, il devait y avoir dès leur naissance discussion sur ce point. Depuis quand? L'on ne sait. Peut-être que les coutumes arabes n'étaient pas partout les mêmes. Développé surtout dans l'Irak (2) le rite hanefi a pu y trouver un milieu favorable à des règles que rejette le rite maleki surtout influencé par la coutume de Médine (3). N'y aurait-il pas dans la présence des tribus juives prédominant à Médine jusqu'au milieu du ^{vi} siècle (4) une part d'explication ; et ne peut-on croire que ces tribus, séparées des autres, n'aient pas conservé, à une époque où la législation du Talmud a remplacé, en Judée, l'ancienne législation, dans son intégrité l'institution de la geullah au contact des Arabes, et qu'à son tour les coutumes juives aient influé sur celles des Arabes, étant donné la pénétration réciproque à Médine des deux races à l'époque

1. Cf. Morand, *op. cit.*, 51.

2. Sur les emprunts faits par Abou Hanifa aux coutumes de l'Irak, voir Lambert, *op. cit.*, 355, et la note donnant la bibliographie.

3. Cf. Goldziher. *Muhammedanische Studien*. Halle, 1889 ; Ibn Khaldoun. *Prolégomènes*, III, (trad. de Slane, Alger, 1852), 6 et 7. « Pendant que les autres docteurs cherchaient leurs maximes de droit dans les sources universellement approuvées, Malik puisait de plus en plus dans une autre, dont personne que lui ne s'était servi, je veux dire dans la coutume de Médine. »

4. Wellhausen. *Medina vor der Islam*, *loc. cit.*, 7 et sq. *Reste arabischen Heidentums*. Berlin, 1897, 230.

de l'Islam (1). Cependant parmi les hadits rapportés par El Bokhari(2) il en est un qui donne la chefâ au voisin. D'autre part les docteurs malekis discutant la légitimité du droit du voisin prétendent que c'est une parole du Prophète qui les oblige à refuser le privilège au voisin à cause des termes non susceptibles d'extension qui s'y trouvent employés. Il est donc fondé de dire que, eux aussi, à une certaine époque, ont donné la chefâ au voisin. Il est probable que c'est lors de l'Islam que le privilège du voisin tomba en désuétude chez certaines tribus, peut-être chez celles de Médine, ce qui expliquerait le sens donné par les docteurs malekis aux paroles du Prophète.

Car il est un point certain, c'est que les règles relatives à la chefâ, n'étaient pas absolument déterminées à l'époque de l'Islam. Si l'on étudie en effet les hadits du Çahih d'El Bokhari, on remarque des hésita-

1. Wellhausen, *Medina vor der Islam*, 12.

2. El Bokhari. *Les traditions islamiques*, trad. Houdas et Marçais. Paris 1903-1908, II, 60 et 61. — Hadits: « Étymologiquement ce mot est un adjectif, dont le sens primitif est celui de récent ou nouveau, opposé à ancien. Dans la langue courante, le mot a été employé de bonne heure comme substantif, et alors il signifie récit, nouvelle.. Dans les sciences religieuses musulmanes, le mot hadits est devenu un terme technique spécial pour désigner tout récit relatif à la conduite de Mahomet depuis le jour où il a commencé l'œuvre de prédication. » Houdas, dans Houdas et Marçais, *op. cit.*, II. Avant-propos, III. L'ensemble des réponses orales du prophète contenues dans les hadits forme la Soumma.

tions, sur des points absolument tranchés depuis lors.

D'après le premier hadits, Djabir-ben-Abdallah a dit : « Le Prophète a décidé que le droit au retrait serait applicable à tout ce qui n'aurait pas été partagé. Dès que la délimitation des parts est faite et que les issues ont été aménagées, il n'y a plus lieu à retrait », d'après ce hadits, disons-nous, il semble bien qu'à une époque récente encore, la chefâ était donnée au copropriétaire divisé. Peut-être le système suivi se rapprochait-il de celui conservé de nos jours par les Abadis. Il est hors de doute en tous cas que le souvenir de l'attribution du privilège au copropriétaire partagé était alors dans tous les esprits, si la chose n'était pas encore pratiquée par quelques tribus.

Il n'est point douteux que la chefâ s'exerçait soit comme rachat, soit comme préemption. L'histoire d'Abou-Rafi, l'affranchi du Prophète, venant offrir à Sad ben Abou Waqqâs la vente des deux chambres qu'il a dans sa maison avant de conclure un marché définitif avec un étranger serait même de nature à faire croire à une obligation pour le copropriétaire de proposer la vente à son chafi si les deux solutions données par El Hakam et par Ech Chabi ne nous en détournaient. Ech Chabi a dit : « Celui qui, ayant un droit de retrait, est présent à la vente et ne la fait pas changer à son profit, n'a plus droit au retrait. » D'où l'argument *a contrario*. La règle du droit classique qui veut que la renonciation au privilège faite avant

la vente qui y donne ouverture n'était pas admise à l'époque de l'Islam. El Hakam a dit: « S'il a été averti avant la vente il n'a plus droit au retrait. » Ceci provient, nous semble-t-il, de la pratique de la préemption encore suivie à cette époque.

Sauf les Hanefis, tous les autres rites donnant la chefâ seulement aux copropriétaires indivis, les docteurs ont perdu de vue la raison de l'institution. Malekis, Chafeis et Hanbalis s'accordent pour enseigner que la chefâ a pour but de mettre obstacle au partage. Ce qui leur paraît d'intérêt supérieur, c'est d'éviter le morcellement des biens fonciers, et ils voient dans la chefâ une règle analogue à celle qui ne permet pas le partage dans tous les cas. Le rite hanefi, au contraire, a conservé la vieille idée. Mais comme l'institution apportait trop d'entraves à la circulation des immeubles, entraves qui n'avaient plus leur raison d'être, les docteurs ont permis de tourner la loi et de supprimer pratiquement l'institution. Les Chafeis ont suivi la même voie. Mais Ahmed et Malek défendent de chercher à éluder la règle. Ceci tient justement à la conception nouvelle de la chefâ que se sont faite ces deux imams. La propriété indivise pour eux est une nécessité économique. Comme cet état économique s'est maintenu jusqu'à nos jours dans les populations malekis et hanbalis, aucun docteur ne s'est efforcé de tourner les prescriptions de la règle édictée par les deux grands imams.

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT CLASSIQUE

CHAPITRE PREMIER

Conditions fondant la chefâ (1).

SECTION I. — *Conditions quant au chafi.*

« La généralité des imams, dit Charani, s'accorde à reconnaître que le droit de préemption ou de re-

1. *Bibliographie.* — Commentaires : de Nauphal. *Cours de droit musulman : la propriété*. Pétersbourg, 1886 ; Kohler. *Das Islamitische Retractrecht (Schaffa)*, dans *Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft*, tome VI, 272 et sq. ; Morand. *Cours de droit musulman* professé à l'École de droit d'Alger (1906-1907 inédit) ; Sautayra et Cherbonneau. *Droit musulman : du statut personnel et des successions*, Paris, 1873-1874 (Maleki) ; Zeys. *Traité élémentaire de droit musulman algérien*. Alger, 1885-1886 (Maleki) ; Gatteschi. *Manuale de diritto pubblico e privato ottomano*. Alessandria, 1865 (Hanefi) ; Baillie. *A digest of moohummudan Law*. Hanifca. London, 1875 ; Van den Berg. *Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Chafei*. Traduction France de Tersant. Alger, 1896 ; Sachau. *Muhammeda-*

trait appartient incontestablement au copropriétaire d'un bien (1). »

Mais il existe des divergences sur les points sui-

nisches Recht nach Schafititischer Lehre. Band 17, der Lehrbüchers de Seminars für Orientalische Sprachen in Berlin, Berlin, 1897.

Textes. — Ibrahim Halebi. *Le confluent des mers*, dans Mouradja d'Ohsson: *Tableau général de l'empire othoman*, tome VI, Paris, 1824 (Hanefi); *The Hedaya, or guide: A commentary on the mussulman law*, translated by Charles Hamilton, second edition by Grady. London, 1870 (Hanefi); *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi*. Petit manuel de droit immobilier suivant les deux rites musulmans orthodoxes de la régence de Tunis, traduit et annoté par A. Goguyer. Paris et Tunis, 1885 (Hanefi); *Droit musulman. Statut réel* d'après le rite hanafite, par Mohammed Kadri Pacha, traduit par Abdulaziz Kahil Bey, Le Caire, 1893; *Fath al Qarib. La révélation de l'omnipresent*. Commentaire sur les précés de jurisprudence musulmane d'Abou Chodja par Ibn Qasim al Ghazzi, traduit par Van den Berg. Leyde, 1895 (Chafei); *Minhadj at-talibin: Le guide des zélés croyants d'El Nawawi*. Manuel de jurisprudence musulmane selon le rite de Chafei, traduit par Van den Berg. Batavia, 1882-1884; Khalil, *Précis de jurisprudence musulmane*, trad. Perron. Paris, 1848-1854 (Maleki); *Code musulman*, par Khalil, Rite Maleki, statut réel. Texte arabe et nouvelle traduction par Seignette. Paris, 1878; Houdas et Martel. *Traité de droit musulman: la Tohfat d'Ebn Acem*. Alger, 1893; Charani. *Balance de la loi musulmane, ou esprit de la législation islamique et divergences des quatre rites*, trad. Perron. Alger, 1898. — On trouvera le code civil ottoman dans Young: *Corps de droit ottoman*. Oxford, 1905-1906; *Les traditions islamiques d'El Bokhari*, trad. Houdas et Marçais. Paris, 1903-1908; *La pierre de touche des fétouas (Miyar)* de Ahmad al Wanscharisi. Choix de consultations juridiques des faqihs du Maghreb, traduites ou analysées par Emile Amar. Volumes XII et XIII des *Archives marocaines*, Paris, 1908-1909.

1. *Balance de la loi musulmane*, 357.

vants : Trois des grands imams, en effet, après avoir donné la chefâ au copropriétaire, la refusent au voisin (1). « Jamais, dit Khalil, ce droit n'est dévolu au voisin, quand même il jouirait d'un droit de passage (2) », et Abou Chodja : « Le voisin ne peut jamais faire valoir le droit de chefâ, lors même qu'il occuperait une maison contiguë (3), — lors même que le rez-de-chaussée appartiendrait à un propriétaire autre que celui de l'étage, ou que les deux maisons auraient une cour commune (4) — ou « une issue commune donnant sur un passage public (5). »

Les Hanefis, au contraire, accordent de droit non seulement au copropriétaire du fonds, mais encore au voisin et au copropriétaire d'un bien immeuble accessoire commun au fonds vendu et au sien (6). Voici comment est fondée cette solution. Tous les docteurs, Hanefis ou non, sont d'accord pour établir

1. Khalil, Perron, IV, 420 ; Tohfât, 489, v. 913 ; Fath al Qarib, 375, et le même Abou Chodja d'après El Badjouri dans Sachau, *op. cit.*, 493 I ; Minhadj, II, 120 ; Hedaya, 548 ; Choix splendide, n° 43 ; Code ottoman, art. 1008, 1°.

2. Khalil, Perron, IV, 422 ; Cf. Tohfât, 493, v. 919.

3. Fath al Qarib, 375. Cf. d'après El Badjouri, *loc. cit.*, 493, I. « La source du droit de chefâ est la copropriété seulement, non le voisinage. »

4. Khalil, Perron, IV, 434.

5. Minhadj, II, 121. Cf. Khalil, Perron, IV, 434.

6. Hedaya, 548 ; Ibrahim Halebi, 93 ; Choix splendide, n° 43 ; Code ottoman, art. 1008-2° ; Morchid el Haïran, art. 96.

le droit du copropriétaire sur cette parole du Prophète : « Le droit de chefâ appartient au copropriétaire qui n'a pas partagé et pris séparément sa part (1). » Puis les Hanefis rapportent deux autres paroles du Prophète sur lesquelles ils fondent le droit du voisin : « Le voisin d'une maison a un droit supérieur sur cette maison, le voisin d'une terre sur cette terre. » « Le voisin a un droit supérieur à celui de l'étranger sur la terre voisine de la sienne (2). » Les docteurs des autres rites, n'admettant comme vrai que le premier hadits, ne permettent pas d'étendre le cercle des ayants droit à la chefâ, tracé très exactement par le Prophète. Quand la propriété a subi un partage et que chacun des copropriétaires primitifs a reçu un lot bien délimité, il ne peut plus être question de chefâ. Entraînant la dépossession d'autrui, contrairement à sa volonté, ce privilège ne peut être étendu par analogie ; il faut donc s'en tenir au cas pour lequel il est particulièrement fondé. Or, il est certain qu'il est établi par le copropriétaire et l'on ne peut considérer le voisin comme tel. C'est qu'en effet en donnant ce droit au copropriétaire, on a voulu éviter les inconvénients et les dommages qui pourraient résulter d'un partage ; car il n'est point sûr que l'acheteur devenu copropriétaire reste-

1. Hedaya, 548.

2. Hedaya, 548.

rait dans l'indivision : il est en droit de demander le partage : ce danger que l'on veut éviter n'existe pas pour le voisin. Mais les Hanefis admettent la validité des hadits rapportés plus haut. D'ailleurs le danger à éviter par la chefâ est tout autre. Le copropriétaire aurait désormais comme copropriétaire un étranger (l'acheteur), dont il ne connaît point le caractère et la disposition d'esprit, et c'est là pour lui une source de vexations et d'ennuis. Ayant ainsi à choisir entre le copropriétaire et l'acheteur, il est certain « qu'il faut être plus favorable au copropriétaire, puisque le dommage qu'on lui causerait en le forçant à abandonner un endroit devenu cher par un long séjour, serait sans aucun doute plus grand que celui supporté par l'étranger acheteur » (1). Il ne faut pas oublier, en effet, que s'il est dépossédé malgré lui de son achat, il reçoit une juste indemnité, et que partant le tort qu'on lui cause n'est pas grand. Or, tout ceci s'applique aussi bien au voisin, il faut donc pour être logique lui étendre le bénéfice de la chefâ (2). Que dire de la distinction faite par les autres rites entre le copropriétaire et le voisin, et de la raison qu'ils donnent pour fondement si ce n'est que tout

1. Hedaya, 548.

2. Hedaya, 548. *Commentaire du Morchid el Haïran de Kadry Pacha*, par les professeurs de droit musulman de l'école khédiviale de droit du Caire. Le Caire, 1908, I, 83 et 84 (Ouvrage non traduit).

cela est inadmissible? Aux yeux de la loi musulmane les inconvénients résultant d'un partage ne sont pas tels qu'on veut bien le dire, puisque le partage est une opération licite (1). Par ailleurs, si l'argument des autres rites était bon, on devrait appliquer les principes de la chefâ aux meubles aussi bien qu'aux immeubles, ce à quoi se refusent tous les auteurs (2).

Les Hanefis donnent donc la chefâ au copropriétaire, au voisin, et au copropriétaire d'un bien accessoire au fonds vendu et au fonds du chafi.

Il ne devrait pas être nécessaire de définir le copropriétaire. Cependant il est bon de remarquer que les Hanefis assimilent au copropriétaire du tout le propriétaire d'une partie seulement; par cela qu'il a un droit supérieur à celui du voisin sur une partie, on lui donne un droit supérieur sur le tout (3). C'est pourquoi «celui qui possède une part indivise du sol sur lequel est établi le mur mitoyen, est réputé copropriétaire de la maison même» (4). De même, le copropriétaire d'une pièce dans une maison (5). «Mais celui qui sans être propriétaire d'un mur y appuie les poutres de sa maison est réputé propriétaire contigu; cette circonstance ne peut pas le faire considérer

1. Hedaya, 548.

2. *Commentaire du Morchid el Haïran*, 1, 83-84.

3. Hedaya, 549.

4. *Morchid al Haïran*, art. 98 ; Cf. Code civil ottoman, art. 1012.

5. Hedaya, 549.

comme communiste ou comme exerçant en commun une servitude active » (1) ; et cela même si la poutre est posée sur le faite du mur (2).

Est également chafi le copropriétaire d'un bien accessoire ou dépendance du fonds vendu comme du sien, sans d'ailleurs qu'il soit nécessaire qu'il y ait contiguïté entre les immeubles (3). C'est, dit l'article 954 du Code civil ottoman, « le copropriétaire par indivis d'une servitude ou d'un droit réel autre que le droit de propriété, comme une part d'eau ou de chemin ». Parlant ici de servitude, la Medjellat ne s'en fait pas la notion à laquelle nous sommes accoutumés. Il faut tenir compte uniquement de la seconde partie de l'article. Celui qui achète un droit de passage sur un chemin, ou un droit de prise d'eau devient copropriétaire du passage ou de l'eau. Si donc j'achète un droit de passage ou d'eau, je deviens propriétaire de ce passage ou de l'eau. J'en aurai la jouissance, j'en aurai aussi les charges. S'il existe un chemin pavé ou pour lequel on a fait des travaux d'aménagement, un puits ou une source captée, je suis obligé de supporter pour ma part les frais d'entretien ou de réfection de ces travaux, dont je suis copropriétaire, et que je ne puis abandonner sans délaisser aussi

1. Code civil ottoman, art. 1012 ; Cf. Morchid al Haïran, art. 98.

2. Hedaya, 549.

3. Code civil ottoman, art. 1008.

mon droit au chemin, ou à l'eau. A la vérité il y a copropriété du chemin et non servitude du passage. L'emploi du mot servitude est de nature à amener une certaine confusion. Cette confusion ne saurait avoir lieu par exemple au cas d'une cour commune à plusieurs maisons. Il est nécessaire que le chemin ou le cours d'eau, qui est la possession commune sur laquelle on fonde le privilège de chefâ soit privé (1) sans quoi il ne pourrait y avoir droit réel, mais usage d'une chose publique, et le privilège ne serait donné que sur le fondement du voisinage à la condition de contiguïté. Par chemin privé on entend un chemin fermé à un bout, c'est-à-dire une impasse. Par cours d'eau privé, un cours d'eau non navigable, autrement ce serait une rivière publique. Telle est l'opinion d'Abou Hanifa et de l'iman Mahomed. Car Abou Youçof enseigne que cours d'eau privé s'entend d'un cours d'eau arrosant deux ou trois fonds de terre seulement, sinon il offrirait le caractère d'eaux publiques (2). Il est suivi en cela par la Medjellat, qui considère en effet comme cours d'eau privé au point de vue de la chefâ « ceux qui coulent sur des terres appartenant à un nombre déterminé de personnes, et dont l'eau s'épuise et disparaît sur ces terrains, sans en ressortir pour former un autre confluent » (3).

1. Hedaya, 549 ; Code civil ottoman, art. 1008.

2. Hedaya, 549.

3. Code civil ottoman, art. 1239-2°.

« On n'est voisin de l'immeuble vendu qu'autant que son immeuble se trouve absolument contigu à cet immeuble (1). »

Il faut avoir sur la chose dont on fait dériver le privilège de chefâ un droit de propriété (melk.). La nue propriété d'ailleurs suffit chez les Malekis. Toutefois celui qui a habousé sa part de propriété ne peut exercer la chefâ que sous condition de donner à la part rachetée la même destination qu'il donna à la sienne propre (2). Mais le droit de propriété est nécessaire et c'est pourquoi Khalil écarte le locataire (3); l'usufruitier d'un bien habousé (4); l'administrateur des habous, à moins de concession de ce droit dans l'acte de fondation (5), celui qui a vendu l'immeuble dont dérive son droit, après la vente qu'il

1. Morchid al Haïran, art. 100.

2. Khalil, Seignette, 278, n° 875 ; Perron, IV, 421. Cette nue propriété ne suffit pas dans les autres rites. « Le fonds retrayant ne peut être un bien de mainmorte », art. 1017 du Code civil ottoman.

3. Khalil, Perron, IV, 422, et Seignette, 278, n° 875; Tohfât, 501, v. 932 ; Miyar, II, 239.

4. Khalil, Perron, IV, 422, et Seignette, 278, n° 875. — Le habous (en Orient waqf), est une donation d'usufruit faite à perpétuité au profit des pauvres, ou de fondations religieuses, ou d'utilité générale déterminée par le constituant qui immobilise la terre habousée. Le fonds reste sa propriété, mais il est inaliénable et demeure séquestré pour assurer l'attribution des fruits au bénéficiaire.

5. Khalil, Perron, IV, 422, et Seignette, 278, n° 875. La réticence n'existe qu'en rite maleki.

veut attaquer, lors même qu'il eût ignoré l'existence de son droit de chefâ (1).

Le droit de propriété doit porter sur l'immeuble même et non sur ses accessoires (2). A ce principe il existe des dérogations.

En rite hanefi : il existe une exception au cas où une maison appartient à deux propriétaires divisément, de telle sorte que l'un possède l'étage inférieur, et l'autre l'étage supérieur. Au cas de vente de l'étage supérieur, le propriétaire de l'étage inférieur aura le droit de chefâ, et *vice versa* (3). De même s'il y a vente de la maison voisine, les propriétaires des deux étages auront le droit de chefâ (4). C'est qu'en effet si la maison est possédée divisément, à la vérité elle n'est qu'un accessoire du fonds de terre qui la supporte, qui est considéré comme commun. Cette origine du droit ayant été perdue, on a considéré qu'il y avait là une exception : le propriétaire du haut et celui du bas ont des propriétés divisées, et c'est en qualité de voisins qu'on leur donne le privilège (5).

1. Khalil, Perron, IV, 437 ; Minhadj, II, 131 ; Hedaya, 562.

2. On sait qu'en droit musulman ne sont véritablement immeubles que les fonds de terres. Tout le reste est meuble : maisons, arbres, etc., n'étant considérés que comme accessoires puisque pouvant être démolis, arrachés, etc.

3. Hedaya, 558.

4. Choix splendide, n° 38.

5. Code ottoman, art. 1011 ; Morchid al Haïran, art. 101. C'est-à-dire en qualité de voisins s'il y a deux entrées, de copropriétaires du droit réel de passage, s'il n'y en a qu'une.

Les autres rites leur refusent la chefâ. Khalil dit en effet : « Le haut n'a pas la chefâ sur le bas et *vice versa*. (1) »

En rite maleki on apporte à la règle de graves dérogations. Comme nous le verrons les Malekis admettent que la chefâ existe non seulement à l'égard des immeubles, mais encore à l'égard des accessoires vendus séparément de l'immeuble. Et dans ce cas ils ne posent pas comme condition pour être chafi la propriété de l'immeuble dont l'accessoire est vendu. C'est ainsi que Khalil reconnaît le droit de chefâ à ceux qui font venir en commun des récoltes (sur ces récoltes) (2), aux copropriétaires d'arbres et de constructions que porte une terre prêtée ou immobilisée (3). Dans l'hypothèse connexe où la chefâ est donnée à celui qui a prêté sa terre avec faculté d'y construire ou d'y planter (4), la condition est remplie.

Telles sont les qualités que doit réunir le chafi. Il n'est point nécessaire d'être croyant (5) : on permet au mécréant d'être chafi, même s'il y a eu vente

1. Perron, IV, 433.

2. Khalil, Perron, IV, 430, et Seignette, 282, n° 883 ; Tohfât, 491, v. 918.

3. Khalil, Perron, IV, 429, et Seignette, 281, n° 882 ; *Contra* autres rites: Choix splendide, n° 39.

4. Khalil, Perron, IV, 429, et Seignette, 281, n° 882.

5. Khalil, Perron, IV, 420, et Seignette, 277, n° 873 ; Ibrahim Halebi, 98 ; Hedaya, 558.

par un croyant à un autre croyant. En raison des personnes parties à l'acte la compétence du juge musulman, et l'application de la loi musulmane sont incontestables, lorsque chafi ou vendeur sont musulmans. Lorsque aucun des intéressés n'est croyant, la chefâ peut encore être exercée « pourvu, dit Khalil, qu'on en réfère à notre juridiction (1) ». C'est qu'en effet les raisons qui établissent le droit de chefâ sont également applicables aux dimmis (2). Les hadits donnent en terme général le droit de chefâ au copropriétaire et ne spécifient pas que ce copropriétaire doive être musulman. D'après les Hanbalis cependant il n'y a pas de droit de chefâ pour le dimmi. Ce sont des considérations politiques qui ont dicté la règle établie par Ahmed ibn Hanbal. N'est-il pas à craindre qu'après avoir acquis comme copropriété une part minime d'une terre, un mécréant ne puisse devenir le maître de grandes étendues, et obtenir ainsi une grande puissance dangereuse pour l'Islam (3)? Le chafi pourra être un homme ou une femme, un enfant ou un adulte, un juste ou un réprouvé, un homme libre ou un esclave (4). Ce pourra aussi bien être le souverain ou l'État (5). Le chafi

1. Khalil, Perron, IV, 421, et Seignette, 278, n° 874.

2. Sujets mécréants d'un État musulman.

3. Balance du Charani, 362.

4. Hedaya, 558.

5. Khalil, Perron, IV, 421 et Seignette, 278, n° 875 ; Miyar, II, 243.

devenu acquéreur n'est pas déchu de son droit, si un autre chafi exerce la chefâ (1).

Il peut se trouver plusieurs chafis. Deux hypothèses peuvent se présenter. Il existe entre eux des causes de préséance, ils ont des droits égaux.

Et d'abord il existe entre eux des causes de préséance. L'exercice de la chefâ par le chafi ayant le droit le plus fort exclut l'exercice de la chefâ par ceux qui viennent ensuite. La préséance est donnée en principe à celui qui a un droit de même base que le vendeur, même titre et même nature de titre.

C'est d'abord le copartageant spécial de la portion d'héritage (2). Après l'héritier réservataire, le privilège est donné à l'héritier simple (3), et ensuite au copropriétaire étranger (4).

En rite maleki le droit du prêteur d'un immeuble prêté avec faculté d'y construire passe avant le droit de tous (5).

En rite hanefi : « l'exercice du droit de retrait appartient en premier lieu au communiste indivis ; en second lieu au propriétaire du fonds au profit duquel existe un droit réel commun au fonds vendu ; et enfin

1. Khalil, Seignette, 287, n° 895.

2. Khalil, Perron, IV, 450, et Seignette, 291, n°s 906 et 907 ; Miyar, II, 242 et 243.

3. Khalil, Perron, IV, 452, et Seignette, 291, n° 908.

4. Khalil, Perron, IV, 453, et Seignette, 291, n° 908.

5. Khalil, Perron, IV, 429, et Seignette, 281, n° 882.

en troisième et dernier lieu au propriétaire de l'héritage contigu au bien vendu (1). » Cet ordre aurait pour fondement une parole du Prophète : « Le copropriétaire de la chose elle-même a un droit supérieur au copropriétaire dans les dépendances, et celui-ci a le pas sur le voisin (2). »

Si le chafi, classé au premier rang, abandonne son droit, l'exercice de la chefâ est dévolu au chafi immédiatement classé après lui. Abou Youçof cependant enseigne l'opinion contraire. Durant l'existence de l'ayant droit classé au premier rang, aucun autre ne peut exercer le privilège : tant qu'il existe, tous les autres sont privés de l'exercice du droit. Lui seul peut l'exercer, sa renonciation n'influe en rien sur cette règle (3). L'opinion d'Abou Youçof n'est pas suivie par la généralité de la doctrine. Les principaux docteurs (4) admettent que le privilège existe dès le début pour chacun des chafis. Mais on donne au chafi placé en tête de liste un droit supérieur qui tient en suspens le droit des autres, pour lui permettre d'exercer la chefâ à son profit personnel, comme étant le

1. Code civil ottoman, art. 1009 ; Choix splendide, n° 44 ; Morchid al Haïran, art. 103 ; Hedaya, 548.

2. Hedaya, 548.

3. Hedaya, 549.

4. Choix splendide, art. 44 ; Hedaya, 549 ; Morchid al Hairan, art. 103.
— C'est sur ce principe qu'est fondé le système de dévolution et de préséance dans tous les rites.

plus intéressé. S'il renonce à son droit, aucun obstacle n'existe plus à l'exercice du droit du chafî classé après lui.

Lorsque deux catégories de personnes, ayant en commun un droit réel attaché à leurs fonds, se trouvent avoir même base à leur privilège, on donnera la chefâ à la catégorie des propriétaires des fonds ayant avec le fonds objet de la chefâ un droit réel commun à l'exclusion de l'autre catégorie (1). Si, par exemple, la maison vendue est située dans une impasse, laquelle débouche dans une autre, les habitants de la première impasse auront le pas sur celle de la seconde. Tandis que si la maison vendue était située dans l'impasse qui reçoit l'autre, les habitants des deux impasses auraient le droit de chefâ (2). La raison en est que le droit d'aller et venir dans l'une des impasses appartient seulement aux habitants de cette impasse, tandis que ce droit pour l'autre appartient aux habitants des deux (3). Si donc il n'y a de commun aux habitants des deux impasses que la partie qui va du confluent des deux impasses à la voie publique (4), il pourra y avoir droit de chefâ pour les habitants de la partie non commune de l'impasse qui reçoit l'autre à l'exclusion des habitants de l'autre

1. Code ottoman, art. 1014.

2. Code ottoman, art. 1014; Hedaya, 549.

3. Hedaya, 549.

4. Intérêt pour les frais d'entretien de la voie commune

impasse et de ceux de la partie commune de cette impasse même.

Les mêmes règles sont applicables au cas de droit d'eau sur des rivières privées (1).

S'il se trouve en présence deux chafis, l'un tirant son droit de la copropriété de l'eau, l'autre de la copropriété d'un chemin, c'est le copropriétaire de l'eau qui est préféré (2). En conséquence lorsqu'un jardin dont la porte s'ouvre sur une impasse et auquel est attaché un droit de prise d'eau vient à être vendu, le copropriétaire de la prise d'eau peut exercer le retrait par préférence à celui qui a droit de passage sur la même impasse.

Il peut n'y avoir aucune cause de préférence. S'il y a plusieurs chafis au même titre, le bénéfice se divise : « Les copropriétaires du retrayant ont le droit d'exercer le retrait en même temps que lui (3). »

Le départ des droits rachetés ne se fait pas de la même manière dans tous les rites. Le rite hanefi suit des règles particulières : « Quand il y a plusieurs ayants droit au privilège de chefâ, tous ont un droit égal, et il n'y a pas à considérer leurs droits propres dans la copropriété (4). »

1. Hedaya, 549; Code civil ottoman, art. 1014.

2. Code civil ottoman, art. 1016.

3. Tohfât, 505, v. 942.

4. Hedaya, 549; Cf. Ibrahim Halebi, p. 93; Code civil ottoman, art. 1013; Morchid al Haïran, art. 104.

Les docteurs des autres rites au contraire attribuent à chacun des copropriétaires une part proportionnelle à leurs droits : « L'appropriation par voie de chefâ est proportionnelle aux parts », dit Khalil (1), et Abou Chodja (2) : « En cas de pluralité de copropriétaires faisant valoir leur droit de préemption, chacun doit l'exercer en proportion de sa part dans la copropriété. » Cette divergence d'opinions s'explique. Malek et Chafei considèrent le privilège de chefâ comme un dérivé du droit de propriété et c'est pour cela qu'ils opèrent partage des droits rachetés comme ils le feraient des profits du commerce, du part des esclaves ou des fruits des arbres, en proportion de leurs droits respectifs dans la propriété indivise. L'argument des docteurs hanefis est que « les parties, étant toutes égales quand il s'agit du principe sur lequel est fondé le droit de chefâ, doivent aussi être égales pour le droit lui-même » (3). Ils font d'ailleurs remarquer qu'on ne peut considérer le droit de déposséder autrui malgré lui comme un dérivé de la propriété, et qu'il y a là vraiment quelque chose de différent des bénéfices.

1. Khalil, Perro n, IV, 442, et Seignette, 287, n° 894; Cf. Tohfât, 505, v. 942.

2. Fath al Qarib, 379; Cf. d'après El Badjouri, *loc. cit.*, 493; Minhadj, 122 et 127.

3. Hedaya, 549.

ces du commerce, des fruits des arbres, etc. (1).

Si l'un des chafis renonce à son droit, ou en est déchu, les autres chafis jouiront du privilège entier. Le fondement de leur droit étant complet, ils ne pouvaient jouir du privilège entier à cause de l'empêchement résultant de l'existence du droit de chafi renonçant : la renonciation lève cet obstacle, et tout en liant le renonçant vis-à-vis de l'acheteur, elle lie aussi vis-à-vis des autres chafis, de telle sorte qu'il ne peut exercer le rachat avec les autres chafis, ni prendre sa part dans le rachat effectué par un autre (2). Si cependant la déchéance ou la renonciation se produisait après que la chefâ a été exercée, le co-chafi ne peut exercer le retrait que pour sa part (3). Ceci s'explique : tout l'effet de la chefâ a été produit : la renonciation ou la déchéance est un événement qui se produit après (4).

De quelle manière s'opérera ce partage. Si tous les chafis sont présents, nulle difficulté. La chefâ sera exercée par eux tous, et le partage du bien racheté, du mehfou, fait immédiatement. Il n'en est plus de même si certains ayants droit sont absents, auquel cas les chafis présents se partageront le mehfou, abstraction faite des absents. Il n'est pas certain en

1. Hedaya, 549.

2. Hedaya, 549.

3. Code civil ottoman, art. 1043.

4. Comme il va être expliqué quelques lignes plus bas.

effet que l'absent veuille exercer son droit, et les présents par ailleurs ne peuvent souffrir de cet état d'incertitude. Au retour de l'absent il recevra la part à laquelle il a droit. Si les présents avaient renoncé à leurs droits, l'absent recevrait la totalité du meCHFou. Mais si les présents avaient renoncé à leurs droits après avoir exercé la chefâ et avoir été en possession de leurs parts, le chafi absent n'aurait droit qu'à sa part. Car le fait par le présent de se faire attribuer sa part et d'y renoncer a éteint pour le chafi sa vocation éventuelle au tout par l'exercice des droits du présent (1). Si l'acheteur est resté en possession du meCHFou, nul doute que l'absent n'ait à se retourner contre lui. Mais qu'arrivera-t-il si les chafis présents ont exercé la chefâ? L'absent réclamera-t-il sa part sous forme d'une action en partage? On trouve parmi les décisions de Khadi Khan: « Une personne a acheté une maison ayant deux chafis, dont l'un est absent. Le chafi présent demande la chefâ, le juge la lui accorde. Le second chafi absent arrive. Il exercera l'action de chefâ à l'encontre du chafi présent, non de l'acheteur (2). » Ce n'est donc pas sous la forme d'une action en partage,

1. Hedaya, 550.

2. El Fataoui el Alemguiriyé, connu sous le nom de El Fataoui el Hindiyyé par des savants indiens. Boulacq, 1892, V. 179 (traduction inédite, Azmi).

mais sous celle d'une action de chefâ que l'absent réclamera sa part. Il sera donc obligé vis-à-vis du chafi présent à toutes les conditions de l'action de chefâ et à ses formalités.

Le droit à la chefâ n'est pas cessible, ni à titre onéreux, ni à titre gratuit. « N'est pas valable, dit Ebn Acem, la cession du droit de retrait, ni par vente, ni par donation (1). » Cette solution s'explique par le but de l'institution. Exercée par un tiers, elle n'aurait aucun sens. La donation ou la vente opérant cession est nulle.

Par contre la chefâ est transmissible aux héritiers. « Transmis par succession, le droit subsiste », dit Ebn Acem (2). Les héritiers forment un groupe représentant le défunt : dans ce groupe si l'un renonce, il y a accroissement en faveur des autres héritiers (qui ont même base du droit) non des autres propriétaires par indivis. Pour que cela fût, il faudrait la renonciation de tous les héritiers. Les héritiers exercent la chefâ en représentation de leur auteur, jamais en vertu de leurs droits propres. Ils sont des ayants cause du *de cujus* et par suite sont tenus de respecter l'acte de leur auteur, si celui-ci a vendu son immeuble, qu'il y ait eu transfert du vivant du *de cujus* ou même après sa mort vente ordonnée par testa-

1. Tohfât, 501, v. 934.

2. Tohfât, 501, v. 934.

ment et accomplie par l'exécuteur testamentaire. Il convient cependant en cette hypothèse de rechercher l'intention du testateur : a-t-il voulu que la vente soit faite à Saïd, sa volonté sera respectée, les héritiers sont impuissants contre cette vente faite en considération de la personne (1); voulait-il que la vente fût faite au profit des pauvres : les jurisconsultes musulmans voient dans cette disposition surtout un procédé de fixation du montant de l'aumône, et permettent alors aux héritiers d'exercer la chefâ : Telle est l'opinion d'El Badji et d'El Lakmi que nous rapporte Khalil qui s'y rattache (2). Cette transmissibilité du droit de chefâ aux héritiers n'existe pas en rite hanefi : « Si le chafi décède son droit s'éteint (3). » La différence d'opinions n'a de conséquence que si le chafi décède après la vente, mais avant la prise de possession volontaire ou judiciaire de l'immeuble vendu. Car si le décès du chafi arrive après le jugement du cadî, quoique le prix ne soit pas payé ou que le chafi ne soit pas entré en possession de la propriété vendue, son droit est transmis à ses héritiers, qui sont tenus de ses obligations (4).

1. Khalil, Perron, IV, 424, et Seignette, 278, n° 876.

2. Khalil, Perron, IV, 424, et Seignette, 278, n° 876.

3. Hedaya, 561. Cf. Ibrahim Halebi, 98, et Code civil ottoman, article 1038.

4. Hedaya, 561; Morchid al Haïran, art. 140; Code civil ottoman, art. 1038.

Pour fonder leur opinion, les auteurs hanefis disent que le décès du chafi éteint son droit sur la propriété dont est dérivé le privilège de chefâ. Et la propriété dont s'agit n'est dévolue aux héritiers qu'après la vente : « C'est une condition expresse de la chefâ qu'une personne possède fermement la propriété dont dérive le droit de chefâ au temps où l'objet de ce droit est vendu, condition que ne peuvent remplir les héritiers. C'est d'ailleurs une condition que la propriété du chafi reste ferme jusqu'au jugement du cadi; et comme cela ne peut exister après la mort du chafi, la chefâ n'est établie vis-à-vis d'aucun des descendants, à cause du manque de l'une des conditions (1). » Ainsi s'expriment-ils.

C'est sur un raisonnement analogue qu'est fondée la solution donnée par Ahmed ibn Hanbal. Les héritiers n'ont pas le privilège du défunt. Mais ne demandant aucune formalité spéciale pour l'exercice du rachat, Ahmed ibn Hanbal reconnaît que le droit de chefâ est acquis aux héritiers, pourvu que le défunt en ait réclamé l'exercice (2).

La chefâ peut être exercée par d'autres que ceux qui ont la jouissance du droit. L'exercice peut en être délégué à un mandataire (3); la chefâ doit être

1. Hedaya, 562.

2. Balance de Charani, p. 353.

3. Khalil, Perron, IV, 441.

exercée par le père ou le tuteur (1). Si le mineur n'a pas de tuteur le juge doit lui en nommer un pour exercer à sa place son droit de chefâ. Khalil envisage le cas où le tuteur et le mineur, le mandataire et le mandant sont copropriétaires, et celui où le tuteur a deux pupilles copropriétaires, le mandataire deux mandants copropriétaires, et il donne toute liberté au tuteur et au mandataire. D'après lui, le représentant peut, ayant vendu ses droits, racheter pour le compte du représenté et *vice versa*, de même peut-il exercer le retrait au nom de l'un sur la part vendue au nom de l'autre des représentés (2). Ces hypothèses sont peu pratiques. Le tuteur en effet ne vendra pas à un tiers pour exercer de suite la chefâ au nom de son pupille; il lui vendra directement. De même que si un ouali en tant que mandataire d'Ali a le devoir de vendre la part d'Ali, en tant que mandataire de Saïd il est de son devoir d'acheter cette part qui est à vendre: s'il vend à un tiers il commet une faute. Les hypothèses prévues par Khalil sont donc surtout théoriques.

1. Khalil, Perron, IV, 440; Code civil ottoman, art. 1035; Morchid al Haïran, art. 121.

2. Khalil, Perron, IV, 441.

SECTION II. — *Conditions quant au mehfou,
ou bien vendu.*

Le droit de chefâ porte uniquement sur les immeubles (1). Il ne porte jamais sur les meubles. Ceci à cause d'une parole du Prophète qui a dit : « Le droit de chefâ se rapporte seulement aux maisons et aux terres(2). »

Les rites sont en désaccord sur le point de savoir si l'objet de la chefâ doit être indivisible.

Chez les hanefis, la chefâ s'applique à toute propriété immobilière encore qu'indivisible. Leur doctrine est fondée sur une parole du Prophète : « La chefâ s'applique à toutes les terres et à toutes les maisons », dans laquelle il n'est point fait de distinction. Au surplus le principe sur lequel ils basent tout leur enseignement est le désir d'éviter les vexations et les ennuis d'un voisinage désagréable, ou de la propriété forcée avec un étranger. Et cette raison est d'égale force que l'objet de la chefâ soit divisible ou non (3).

Malekis et Chafeis veulent au contraire que l'im-

1. Khalil, Perron, IV, 424 et 433 ; Tohfât, 489, v. 913 ; Minhadj, II, 120 ; Hedaya, 558.

2. Hedaya, 558.

3. Hedaya, 558 ; Morchid al Haïran, art. 106.

meuble soit divisible : « Le droit de préemption, dit Abou Chodja, existe seulement sous condition qu'il s'agisse d'une propriété divisible, c'est-à-dire admettant le partage, et non d'une chose indivisible » (1), et Khalil : « Le droit de préemption ne doit atteindre que les biens-fonds et pourvu qu'ils soient divisibles (2). » D'après eux la chefâ ayant pour but d'empêcher le partage et les dommages qui en résulteraient, il est inutile de l'admettre pour les choses indivisibles. Cependant les auteurs malekis sont en désaccord pour certains biens. Khalil le dit (3) et Ebn Acem décide qu'il pourra y avoir chefâ pour le bain, le moulin, le four, le puits ou le palmier, ces deux derniers s'ils sont accessoires de biens indivis (4).

Ce droit ne peut porter sur un immeuble indivis qui n'a de valeur que comme dépendance d'autres immeubles divis; comme une cour servant à plusieurs maisons (5), un passage commun (6), une aire commune, un puits (7).

1. Fath al Qarib et d'après El Badjouri, *loc. cit.*, 493, I ; Cf. Minhadj, II, 120.

2. Khalil, Perron, IV, 424.

3. Perron, IV, 424.

4. Tohfât, 489 et 491, v. 915 et 916.

5. Khalil, Perron, IV, 434.

6. Khalil, Perron, IV, 434 ; Tohfât, 493, v. 919.

7. Tohfât, 493, v. 919 et 920.

L'immeuble ne doit non plus être un immeuble habousé (1). Ce doit être un immeuble musulman (2).

La chefâ s'applique-t-elle aux accessoires du fonds ? La question doit être étudiée d'abord au cas de vente du fonds avec accessoires, puis au cas de vente des accessoires séparément.

Dans la première hypothèse, les accessoires suivent la condition du fonds (3). Il en est ainsi des constructions (4), du puits (5), des arbres (6), des fruits (7), des meubles attachés au fonds pour l'exploitation (instruments, animaux, etc.) (8).

La chefâ s'applique-t-elle aux accessoires vendus séparément du fonds. C'est une règle du droit hanefi que la chefâ ne saurait affecter une maison ou des arbres vendus séparément. Cette opinion est géné-

1. Fath al Qarib, 375; Morchid al Haïran, art. 113.

2. Code civ. ottoman, art. 1018.

3. Morchid al Haïran, art. 109; Code civ. ottoman, art. 1020.

4. Il n'y a de vraiment immeubles en droit musulman que les fonds de terre, seules choses permanentes par leur nature. Les maisons, les arbres, ne sont des immeubles qu'en qualité d'accessoires d'un fonds de terre (art. 1019 du Code civ. ottoman). Ils ne peuvent être considérés séparément du fonds qui les supporte. Vendus séparément, le retrait ne les touche pas en rite hanefi comme on le verra.

5. Khalil, Perron, IV, 432; Tohfât, 489, v. 914.

6. Tohfât, 489, v. 914. — Par arbres il faut entendre tous les végétaux qui ne meurent pas après une récolte de leurs fruits.

7. Khalil, Perron, IV, 430.

8. Khalil, Perron, IV, 434.

rale (1). Exception est faite pour le cas de vente de l'étage supérieur d'une maison. Mais on sait que l'on considère la propriété dans ce cas comme complète et immobilière. Alors le propriétaire de l'étage inférieur aura le privilège de chefâ, et *vice versa* (2). Cette interdiction semble être le droit commun sunnite (3). Khalil au contraire et Ebn Acem permettent d'exercer le privilège lors de la vente des accessoires sans le fonds. La règle s'applique aux maisons, aux arbres, aux fruits (4), sous la condition de divisibilité. De telles ventes sont d'ailleurs les seuls cas dans lesquels la chefâ existe pour certaines catégories de chafis, à savoir les copropriétaires d'arbres et de constructions que porte une terre immobilisée ou prêtée, et ceux qui ont fait venir des récoltes en commun. Dans le cas de vente de fruits, le rachat pourra s'exercer dès que la maturité a commencé à se manifester (5). Ce droit ne durera que jusqu'à la

1. Ibrahim Halebi, 94; Morchid al Haïran, art. 109; Code civil ottoman, art. 1020.

2. Hedaya, 558; Code civ. ottoman, art. 1011.

3. Balance de Charani, 360.

4. Khalil, Perron, IV, 430; Tohfât, 491, v. 917 et 918.

5. Moment seulement auquel peut avoir lieu une vente de fruits: Tohfât, 377, v. 720 et 721. Faite avant, la vente est interdite, à moins qu'elle ne soit faite sous condition de couper immédiatement. Dans le cas où une telle vente est permise (voyez Houdas et Martel; Tohfât, 376, note 615) la chefâ n'existe pas.

dessiccation (1), ou jusqu'à l'époque où il est nécessaire de cueillir le fruit pour le consommer (2), si tel est l'usage. Cependant on n'applique pas la chefâ : aux grains (3), ni aux légumes verts ou cachés en terre (4), sauf exception pour les cucurbitacées (5). Deux difficultés relatives aux fruits peuvent se présenter dans le cas de vente d'arbres : les arbres sont vendus en même temps que les fruits déjà noués ou fécondés (6) ; les fruits sont cueillis par l'acheteur ; le chafi rachète les arbres sans les fruits : il ne paiera que la valeur des arbres (7). Les arbres seuls ont été vendus alors qu'ils ne portaient pas de fruits ; lors de la chefâ il existe des fruits ; le chafi aura droit aux fruits, même s'ils ont été fécondés par l'acheteur ; seulement celui-ci aura le droit de se faire rembourser les frais et dépens (8).

1. Khalil, Perron, IV, 430 ; Tohfât, 491, v. 918.

2. Khalil, Perron, IV, 430.

3. Khalil, Perron, IV, 433 ; Tohfât, 493, v. 921.

4. Khalil, Perron, IV, 434 ; Tohfât, 493, v. 921.

5. Khalil, Perron, IV, 430 ; Tohfât, 495, v. 924.

6. Commencement de maturité.

7. Khalil, Perron, IV, 431.

8. Khalil, Perron, IV, 431.

SECTION III. — *Conditions quant à l'acte juridique
donnant naissance au privilège.*

L'acte qui donne ouverture au droit de chefâ doit être un acte à titre onéreux, et opérer transfert de la propriété.

Et d'abord acte à titre onéreux.

La chefâ ne peut s'exercer sur des biens transmis par héritage, non plus que sur des biens donnés ou légués (1). « L'interdiction, dit Ebn Acem, est de règle à propos des actes à titre gratuit (2). »

Mais la chefâ s'appliquera toujours lorsque le transfert (3) aura lieu à titre onéreux, qu'il y ait eu vente pour de l'argent (4) ou dotation en paiement (5) ou échange (6) que ce soit à titre de paiement périodique, de loyer, avance ou prêt (7), à titre de transaction ou donation non gratuite (8). Il y aura encore

1. Khalil, Perron, IV, 423, et Seignette, 248, n° 889 ; Hedaya, 559 ; Morchid al Haïran, art. 108 ; Code civ. ottoman, art. 1023.

2. Tohfât, 499, v. 931.

3. Il faut reconnaître au mot vente « bih'h » deux sens, un sens restreint et un sens large. V. Houdas et Martel, *op. cit.*, p. 342.

4. Khalil, Perron, IV, 423 ; Tohfât, 493, v. 922 ; Minhadj, II, 121 ; Fath al Qarib, 375.

5. Khalil, Perron, IV, 423 ; Minhadj, II, 121.

6. Khalil, Perron, IV, 423 ; Tohfât, 495, V. 923.

7. Minhadj, II, 121.

8. Khalil, Perron, IV, 423 et 435.

acte à titre onéreux si le bien a été transmis comme prix compensatoire de la *dia* (prix du sang) ou du divorce (1) ou comme dot (2).

Les Hanefis sont plus sévères et veulent non seulement qu'il y ait eu acte à titre onéreux, mais encore échange de propriété contre propriété (3). « On ne peut réclamer ce droit de préférence que dans le cas de vente », dit Ibrahim Halebi (4). Au cas de vente il faut ajouter celui de donation non gratuite toujours assimilée à la vente (5). Le prix de vente doit être un bien déterminé. C'est pourquoi les Hanefis refusent la *chefâ* lorsque le bien a été transmis à titre de loyer, dot (6), prix du divorce, prix compensatoire d'un meurtre ou rançon d'un esclave (7).

Cependant si un mari vendait à un tiers sa maison pour payer la dot de sa femme, que ce soit une dot coutumière ou stipulée, il y aurait lieu à *chefâ*, parce que là il y a échange de propriété contre propriété, le prix de vente est un bien corporel, non une créance

1. Khalil, Perron, IV, 423; Minhadj, II, 121.

2. Khalil, Perron, IV, 423; Fath al Qarib, 377; Minhadj, II, 121.

3. Code civil ottoman, art. 1025. « Le prix de vente doit être un bien corporel déterminé. »

4. *Loc. cit.*, 94. Cf. Choix splendide, 35; Code civil ottoman, art. 1021.

5. Hedaya, 559; Code civil ottoman, art. 1022.

6. Hedaya, 559. Code civil ottoman, art. 1025; Morchid al Haïran art. 108.

7. Hedaya, 559.

Mais si pendant le mariage un homme voulant payer la dot de sa femme lui vendait une maison, en stipulant comme prix mille dirames, prix moins élevé que la valeur de la maison, quinze cents dirames, de telle sorte que la différence, cinq cents dirames, soit la dot de la femme, suivant Abou Hanifa il n'y a pas lieu à chefâ, quoique ses deux disciples accordent le privilège pour la partie de la maison correspondant aux mille dirames (1).

Au cas où deux parties transigent sur la propriété d'une maison, moyennant une somme d'argent, les Hanefis distinguent. Si c'est le demandeur qui paie au défendeur pour entrer en possession, il n'y a pas lieu à chefâ, parce que dans l'esprit d'une des parties tout au moins il n'y a pas eu acte de transfert de la propriété de la maison. En effet si le défendeur pense avoir vendu sa maison contre la somme payée par le demandeur, dans l'esprit du demandeur, il y aura seulement revendication d'un bien déjà dans son patrimoine et la somme payée au défendeur n'a eu d'autre but que de faire cesser son injuste possession. Si au contraire le défendeur reconnaît le bien fondé de la revendication du demandeur, qu'il lui propose de conserver la maison moyennant une certaine somme et que le demandeur accepte, il peut y avoir chefâ, parce qu'il y a là véritablement un échange

1. Hedaya, 559.

d'un bien corporel contre un bien corporel (1).

Il faut que cet acte à titre onéreux ait opéré transfert de propriété : « La chefâ ne s'exerce, dit Khalil, que contre l'individu devenu propriétaire nouveau, mais seulement lorsque l'acquisition est légitime et définitive (2). »

La vente est un contrat consensuel opérant par lui-même transfert de propriété. Dans certaines régions cependant il s'est formé sous l'influence de la coutume une règle différente. Il faudra alors s'en référer au droit coutumier local.

Lorsque la vente a eu lieu, la chefâ pourra s'exercer : il n'en sera pas de même si l'acquisition n'est pas définitive. Il peut se faire en effet que pour une cause quelconque le transfert de propriété n'ait pas eu lieu ou puisse être résolu. Si le transfert ne s'est pas opéré, le privilège ne saurait être exercé. Ainsi en est-il lorsque l'immeuble n'appartenant pas au vendeur est revendiqué (3). S'il existe une cause de résolution on distingue : est-elle en faveur du vendeur, le privilège ne pourra être exercé, le contrat de transfert n'est pas complet. Est-elle en faveur de l'acheteur, il y a lieu à chefâ. L'acheteur étant dépossédé de son bien avant d'avoir pu exercer son droit de

1. Hedaya, 559.

2. Khalil, Perron, IV, 432.

3. Morchid al Haïran, art. 106.

résolution ne peut plus l'exercer. Mais le chafi ne pourra non plus l'exercer. Ce droit pouvait n'être qu'une condition du contrat faite en faveur de l'acheteur seul, *intuitu personæ* ; ou bien c'était une nullité. Dans ce cas le chafi est censé avoir renoncé à se prévaloir de cette cause de nullité, pourvu qu'elle lui soit connue avant le rachat. D'ailleurs si l'acheteur a usé de son droit de résolution avant le rachat par le chafi, celui-ci n'aura pas droit à son privilège, parce que la vente est censée n'avoir jamais existé (1). Ainsi au cas d'option, la chefâ ne pourra s'exercer avant que le délai d'option ne soit expiré (2). C'est qu'en effet le pouvoir d'option du vendeur est un obstacle au transfert de propriété, qui ne s'effectue que lorsque le délai est expiré, ou que le vendeur a renoncé à son droit (3). « Lorsque l'acheteur seul s'est réservé le droit d'option, la chefâ peut s'opérer sur-le-champ, du moins quand on admet que dans ces circonstances, la propriété est acquise par l'acheteur au moment du contrat (4). » Ce que l'on fait en général. Si le chafi exerce son droit pendant le délai d'option, le droit de l'acheteur cesse. Mais le chafi ne peut prétendre dissoudre le contrat, puisque ce droit est fondé

1. Hedaya, 561.

2. Khalil, Perron, IV, 423.

3. Hedaya, 559.

4. Minhadj, II, 122.

sur une condition du contrat établi en faveur de l'acheteur seul (1).

De même une vente entachée de nullité ne permet pas la chefâ (2). Le vendeur pouvant demander la nullité de la vente, son droit de propriété n'est pas éteint. A moins que la nullité ne soit couverte ; car si la nullité ne pouvait plus être demandée, le transfert a eu lieu, il n'y a plus de raison pour suspendre le droit du chafi.

Il en est de même, et il n'y a pas lieu à chefâ, au cas où la vente est résolue à la suite de l'éviction de la chose donnée en paiement, ou bien à la suite de restitution par le vendeur du prix de vente pour cause de défectuosité (3). Cependant dans l'espèce où le vendeur a été évincé du prix de vente spécifié en valeur numéraire, Khalil permet au chafi d'exercer son droit (4). Si cette résolution avait lieu après le rachat, il faudrait décider autrement. Le rachat est valable. Le vendeur n'a d'autre ressource que d'exiger de l'acheteur la valeur estimative de la part vendue. On excepte le cas où le prix a été payé en numéraire. Alors l'acheteur doit rendre des monnaies pareilles (5).

1. Hedaya, 560 ; Khalil, Seignette, 285, n° 890.

2. Khalil, Perron, IV, 436 ; Hedaya, 560 ; Choix splendide, n° 40 ; Morchid al Haïran, art. 106.

3. Khalil, Perron, IV, 460.

4. Khalil, Perron, IV, 460.

5. Khalil, Perron, IV, 450.

El Nawawi enseigne une doctrine différente. Pour lui « l'éviction ultérieure de ce que l'acheteur primitif a donné en guise de prix annule tout aussi bien la vente que la préemption qui en a été la conséquence, du moins dans le cas où le prix passible d'éviction consistait dans un objet certain et déterminé » (1).

Quand c'est au contraire l'acheteur qui peut invoquer un vice, il y a lieu à chefâ, pourvu que le chafi renonce à invoquer la nullité (2), ce qui se présume s'il exerce le retrait connaissant cette nullité (3).

Quant à la résiliation de la vente les rites diffèrent. « La résiliation conclue entre l'acheteur et le vendeur est une résiliation en ce qui les concerne, mais une vente en ce qui concerne les tiers, et, dans ce cas, quiconque se trouve dans les conditions prescrites, peut exercer la préemption s'il y a lieu » (4), disent les Hanefis. Pour les Malekis la chefâ peut aussi avoir lieu (5). Mais le fondement n'est plus le même. On considère que la résiliation n'est pas opposable au chafi, quoique celui-ci puisse s'en prévaloir en ce qui concerne le prix. Il peut donc choisir entre le prix fixé à la vente première, et celui de la résiliation. En sorte que la différence en pratique n'est pas grande

1. Minhadj, II, 126.

2. Minhadj, II, 122.

3. Hedaya, 561.

4. Choix splendide, n° 36.

5. Khalil, Perron, IV, 450.

entre les rites, hors le choix du prix donné chez les Malekis. Elle existe cependant au cas où le chafi aurait renoncé après la vente. En rite hanefi, la résiliation étant une nouvelle vente donnera de nouveau ouverture au droit de chefâ. Il n'en sera pas de même en rite maleki, où la résiliation n'est pas considérée comme une vente (1).

SECTION IV. — *Contre qui s'exerce la chefâ.*

C'est contre l'acquéreur définitif à titre onéreux que s'exerce la chefâ. Mais le privilège ne saurait être invoqué contre un copropriétaire antérieur. La preuve de l'antériorité est faite par serment (2).

Le décès de l'acheteur n'entraîne pas annulation du droit (3).

1. Tout ce qui a été dit de la vente s'applique aux autres cas de transfert donnant ouverture à la chefâ.

2. Khalil, Perron, IV, 436 et Seignette, 278, n° 876.

3. Hedaya, 560; Morchid al Haïran, art. 139.

APPENDICE

Rites hérétiques

S'agissant des rites hérétiques, nous nous contenterons d'exposer les différences qu'ils présentent avec le droit commun des rites sunnites.

RITE CHIITE OU IMAMI (1)

Le privilège est donné au copropriétaire : il ne s'acquiert point par le voisinage, et ne peut être exercé sur aucun bien divisé et distinctement partagé à moins que ce bien ne comprenne un chemin ou un cours d'eau possédé indivisément (2).

Il est nécessaire d'être musulman. Cependant on tolère des infidèles l'exercice de la chefâ contre un

1. Bibliographie. Commentaires : *Le droit musulman exposé d'après les sources*, par Tornaw, trad. Eschbach, Paris, 1860; Baillie : *A digest of moohummudan Law*, Imameea, London, 1875. — Textes : Traduction des compilations d'El Mohekik sous le titre : *Recueil de lois concernant les musulmans schyites*, par A. Querry. Paris, 1871-1879.

2. Querry, 273, n^{os} 17 et 19.

acheteur infidèle, mais non contre un musulman, le vendeur fût-il infidèle (1).

S'il y a plusieurs copropriétaires, chacun exerce le privilège au prorata de sa part (2). Au cas d'absence d'un des chafis si le copropriétaire présent déclare ne pas vouloir user de son droit avant l'arrivée des autres, le droit n'est pas prescrit. Ce point est contesté (3).

Le privilège se transmet par voie d'héritage (4).

Il doit être exercé par le tuteur ou le père.

La chefâ ne porte que sur les immeubles divisibles (5). Le privilège peut s'exercer sur les maisons et les arbres vendus avec le fond, mais non s'il y a vente séparée (6). Jamais il ne s'exerce sur les fruits (7).

Le droit de chefâ ne peut être exercé que dans le cas où le copropriétaire transfère sa part de propriété par voie de vente; il ne peut être exercé quand le transfert a lieu à titre de douaire, d'aumône, de donation ou de conciliation (8).

1. *Eod. loc.*, 274, n^{os} 27, 28.

2. *Eod. loc.*, 275, n^o 33.

3. *Eod. loc.*, 276, n^o 39.

4. *Eod. loc.*, 285, n^{os} 89, 90.

5. *Eod. loc.*, 271, n^o 2; 275, n^{os} 6, 7, 8.

6. *Eod. loc.*, 271, n^o 4.

7. *Eod. loc.*, 272, n^o 11.

8. *Eod. loc.*, 273, n^o 15.

La résiliation de la vente entre le copropriétaire vendeur et l'acquéreur ne détruit pas le privilège de chefâ. Le chafi exercera son droit en le basant sur la vente première. En ce cas l'acheteur demeure responsable envers le vendeur et reste tenu par cette vente première (1).

RITE ABADI (2).

Le chafi doit être copropriétaire ou voisin.

S'agissant du voisinage, pas de différence avec le rite hanefi.

1. *Eod. loc.*, 281, n° 62.

2. Documents : trois sources.

1° Un résumé fait à notre usage dans la zaouia d'El Amel de l'ouvrage El Manhadj, le guide, du jurisconsulte Kamis ben Djema du pays d'Oman et de son commentaire *El Tadj*, le joyaux, qu'en a donné cheikh Abdelaziz ben Brahim, du Mزاب. Ce résumé que nous a traduit M. El Hadj Abdelkader Laraoui d'Alger, est très sûr, mais trop succinct. Il nous a été développé par MM. « Ba Amar » Messaoud ben Ba Ali ben El Hadj Slıman, cadi abadi d'Alger; Bou Taleb bou Bekr, cadi hanefi d'Alger; Abdelkader ben Abdallah Medjaoui, professeur à la mederça d'Alger et Laraoui. M. Feliu, de Blida, nous a traduit quelques passages du *Nilet* et du *Tadj*.

2° Les déclarations de M. Abdallah ben El Hadj Salah, de Beni Isguen.

3° Fétouas du cheikh Alfiech, de Beni Isguen, le jurisconsulte moderne le plus en renom de la secte abadi, fétouas données à notre usage à M. Aïssa ben Bakir qui nous les a envoyées.

S'agissant de la copropriété, le rite abadi présente des particularités intéressantes.

La chefâ est donnée, non seulement au copropriétaire indivis, mais sous certaines conditions au copropriétaire partagé.

Une distinction s'impose : il s'agit d'immeubles ruraux, il s'agit d'immeubles construits.

En ce qui concerne les immeubles ruraux, ou plutôt les terres de culture, comme des champs, des jardins, etc., cultivés ou en friche, les copropriétaires divisés conservent le droit de chefâ, sous les deux conditions suivantes :

1° Il subsiste entre eux communauté de chemin, quel que soit d'ailleurs ce chemin, ouvert aux deux bouts ou à un seul ; ou bien un mur clôture l'ensemble des parts (c'est-à-dire la propriété avant partage).

2° Le chafi doit établir le partage, et avoir figuré au partage. Les héritiers ne peuvent venir en représentation de leur père.

En ce qui concerne les immeubles construits, maisons, écuries, entrepôts, les règles ne sont pas aussi sévères. Il n'est pas nécessaire d'établir le partage. Il suffit qu'il y ait communauté de passage, en ce sens que : 1° chacun des copropriétaires dans une impasse aura le droit de chefâ sur chacune des maisons ouvrant sur l'impasse.

2° Il en est de même de plusieurs maisons ayant

une cour commune, 'si cette cour est le seul passage possible.

3° Une maison, ayant plusieurs chambres appartenant chacune à des propriétaires différents, n'a qu'une seule porte d'entrée. Chacun des propriétaires dans la maison a la chefâ sur chacune des chambres.

4° Il en serait de même si au lieu de chambres il s'agissait d'étages, appartenant divisément à des propriétaires différents.

Les Abadis donnent aussi le chefâ :

1° Au prêteur du sol avec facilité d'y construire ou d'y planter sur les plantations et les constructions, et réciproquement le planteur et celui qui a bâti ont la chefâ sur le sol lui-même.

2° A ceux qui ont construit ou bâti en commun sur un terrain prêté.

Un mécréant peut-il exercer la chefâ ? Si le chafi est musulman, quelle que soit la secte à laquelle il se rattache, il jouira du privilège. Il n'est pas nécessaire qu'il fût musulman au jour de la vente ; il suffit qu'il soit touché de la foi avant l'expiration des délais. Ceci est un point certain et admis par chacun. Mais si le chafi est étranger à la religion musulmane, il y a désaccord entre les oulemas : les uns lui refusent le privilège, les autres le lui accordent, fût-il même kafar.

La priorité appartient au copropriétaire qui n'a pas encore partagé, puis ensuite à celui qui a partagé,

puis au voisin. Dans l'ouvrage *El Tadj*, de cheikh Abdelaziz, livre IX, chapitre XII, on lit : « Des communistes à qui doit être accordé la préférence d'exercer la chefâ ? A droits égaux entre copropriétaires, l'exercice de la chefâ doit de préférence être accordé au communiste le plus diligent. Si la demande en rachat est faite simultanément par tous les communistes, l'action appartient à ces derniers par têtes, encore que la demande des communistes se soit produite individuellement et successivement, tant qu'elle n'est pas confirmée par une décision judiciaire. D'après certains auteurs le droit de rachat appartient à tous les copropriétaires, chacun dans la proportion de sa part de propriété. Toutefois la première opinion est généralement la plus suivie. »

Il n'y a pas de motif de préférence si les cohéritiers en présence sont de nature différente. Le *Nil* porte au chapitre XIV de la chefâ : « Que décider quand plusieurs cohéritiers de nature différente sont en présence ? Par exemple un individu meurt à la survivance d'aïeules, de femmes et de filles. Une de ces filles vend sa part d'hoirie. Les autres filles qui n'ont pas renoncé à leur action auront-elles un droit de priorité sur les autres héritières ? En d'autres termes chaque catégorie d'héritiers évincera-t-il les autres ? Ou bien la préférence doit-elle être accordée au plus diligent ? Cette dernière solution est la règle générale, elle est conforme à la vérité et à la

doctrine professée par la majorité des auteurs. »

Dans le cas où il existe plusieurs voisins, la chefâ appartient également au plus diligent à droits égaux, sinon au plus proche, puis à celui qui est le plus rapproché après lui.

L'absent, c'est-à-dire celui qui s'est éloigné du pays, ne saurait avoir droit au rachat. Cheikh Abd El Aziz dans son ouvrage *le Nil* au chapitre XIV de la chefâ s'exprime ainsi : « L'absent ne peut exercer la chefâ alors qu'il se présenterait le jour même de la vente. Cette règle est absolue chez les Occidentaux. Les Orientaux ajoutent : à moins que l'absence n'ait pour cause le pèlerinage ou une expédition militaire, encore faut-il que le retour de l'absent n'ait pas lieu après celui de ses compagnons. » Ces dispositions sévères ont pour but de maintenir une grande cohésion parmi la secte.

Le privilège passe aux héritiers, s'ils sont encore dans les délais, et si la vente y donnant ouverture a eu lieu avant la mort du *de cujus*. L'opinion contraire n'a pas prévalu.

La chefâ peut être exercée sur les immeubles comme les maisons, les vergers, les terrains ensemencés ou non, les puits, les canaux ou *seguias*, les chemins, les arbres qui sont susceptibles de transmission et rattachés au sol. Mais on ne peut l'exercer à l'égard des animaux et des légumes.

La divisibilité n'est pas une condition.

Il faut que l'immeuble racheté soit sorti des mains de son propriétaire contre une chose donnée en échange. Il n'y a pas lieu à chefâ si cette chose représente la dot, le rachat de la femme mariée, une donation sans compensation ou le rachat d'un esclave. La donation avec charge, si cette charge est forte, est considérée comme une vente ; mais si la charge est minime elle ne donne pas lieu à chefâ. Ainsi au Mزاب il est coutume qu'à la majorité d'un fils le père lui donne certains biens, soit par exemple dix palmiers, et ajoute : « Travaillez, je ne m'occupe plus de vos besoins. Cependant chaque année vous me donnerez deux ou trois régimes de dattes. » On ne peut exercer la chefâ si le père a donné ainsi des droits indivis.

Le chafi ne peut exercer son privilège à l'encontre d'un chafi plus diligent, dont le droit a même base que le sien. Il ne peut non plus exercer la chefâ à l'encontre de son père. Cette seconde prescription est évidemment édictée dans un sentiment de piété filiale.

CHAPITRE II

Conditions d'exercice de la chefâ

Elles se rapportent à la procédure, à la théorie de l'indivisibilité d'exercice, à l'obligation pour le chafi de payer le prix et ses accessoires.

SECTION I. — *Procédure.*

Le rite hanefi établit certaines formalités. Le privilège s'exerce par trois demandes : la requête préliminaire ou impétueuse ; la requête par-devant témoins ou requête de confirmation ou de constatation ; la requête introductive d'instance ou judiciaire.

Première requête. — Le chafi en apprenant la vente du mehfou doit déclarer son intention d'exercer le privilège sur-le-champ sous peine de voir son droit se prescrire (1). Abou Hanifa contredit par ses disciples n'exige pas qu'il y ait des témoins (2). Son avis a prévalu : « Il n'est pas nécessaire que le préemp-

1. Hedaya, 550 ; Choix splendide, n° 47 ; Code civ. ottoman, art. 1028, 1029, 1032.

2. Hedaya, 551.

teur fasse constater sa déclaration par témoins, mais il est bon qu'il prenne cette précaution contre la dénégation de l'acheteur (1). »

Deuxième requête. — Après cette demande préliminaire le chafi doit faire une réclamation devant témoins. Cette déclaration doit se faire, deux témoins étant présents, soit par-devant l'acheteur, soit par-devant le vendeur, si celui-ci n'a pas encore livré le mechfou. Il dira pourquoi il est chafi et affirmera qu'il a fait la première demande. Il ajoutera: « Je viens renouveler ma requête, soyez-en témoins. » Abou Yousof insiste pour que l'objet de la chefâ soit bien spécifié (2).

Cette seconde requête doit être faite avant que le temps nécessaire pour la faire ne soit écoulé (3).

Il est permis au chafi s'il ne peut faire personnellement cette démarche à cause de son éloignement de constituer un mandataire, ou de faire connaître sa volonté par écrit s'il ne peut constituer mandataire (4). Mais cela devant témoins (5).

Si le chafi, à la première nouvelle reçue par lui de la vente, avait requis témoignage dans les conditions prescrites pour la deuxième demande, cette déclara-

1. Morchid al Haïran, art. 118.

2. Hedaya, 560; Choix splendide, n° 48; Code ottoman, art. 1030.

3. Code civil ottoman, art. 1033.

4. Code civil ottoman, art. 1030.

5. Morchid al Haïran, art. 119.

tion tiendrait lieu à la fois de première et seconde requête (1).

Troisième demande. — Ensuite intervient une action en justice ; c'est ce que l'on appelle la requête judiciaire, ou introductive d'instance (2). Sauf excuses elle doit intervenir dans le mois à partir de la demande par-devant témoins. Telle est l'opinion de Mohammed et de Ziffar. Abou Hanifa prétend qu'il ne saurait y avoir de délai de prescription. Abou Yousof dans une de ses opinions suit Abou Hanifa, dans une autre, il est d'avis qu'on doit considérer comme renonçant le chafi qui n'a pas porté l'affaire devant le cadi à la première audience de celui-ci. Abou Hanifa appuie son opinion sur ce fait que le droit de chefâ est fermement établi par la demande devant témoins, le chafi ne peut donc plus y renoncer, si ce n'est d'une manière expresse. La solution suivie en pratique est celle de Ziffar et de Mohammed (3) qui limitent à un mois le délai, considérant que sans cela l'institution pourrait devenir un instrument de vexations à l'encontre de l'acquéreur, dont la situation serait incertaine (4). Sauf excuses pourtant : si le chafi par exemple peut alléguer l'absence du

1. Choix splendide, n° 48 ; Morchid al Haïran, art. 119.

2. Hedaya, 551 ; Choix splendide, n° 49 ; Code ottoman, art. 1031.

3. Code civil ottoman, art. 1034 ; Morchid al Haïran, art. 120.

4. Hedaya, 551 et 552.

cadi (1) ou l'impossibilité où il a été de trouver un cadi hanefi (2). Il sera d'ailleurs traité de ces délais, et des causes de suspension au chapitre des fins de non recevoir.

L'action en justice du préempteur doit s'exercer contre le vendeur et l'acheteur del'immeuble réclamé, lorsque cet immeuble n'a pas encore été livré à l'acheteur. Elle doit s'exercer contre l'acheteur seulement lorsque celui-ci a déjà pris livraison de cet immeuble (3). »

SECTION II. — *Indivisibilité d'exercice.*

Le but de l'institution étant d'écarter un élément de trouble provenant de l'admission d'un étranger comme copropriétaire, on rachètera entièrement la chose vendue et non une partie (4). Le rachat pour partie est impuissant à remplir son rôle de protection ; il laisserait subsister le danger d'un partage, de même que les ennuis et les inconvénients d'une propriété en commun avec un étranger, ou ceux d'un voisinage désagréable. Ce serait une opération purement de spéculation financière, en vue d'un intérêt

1. Hedaya, 552.

2. Choix splendide, n° 49.

3. Morchid al Haïran, art. 122.

4. Minhadj, II, 129 ; Morchid al Haïran, art. 135.

égoïste et pécuniaire. Si donc par un même acte plusieurs personnes vendent une terre à un acheteur unique, le chafi devra racheter toutes les parts acquises par cet étranger, et non une seule (1). « Si deux personnes, dit El Nawawi, ont acheté en commun une portion dans un immeuble, le préempteur peut faire valoir son droit soit contre les deux acheteurs ensemble, soit contre l'un d'eux (2). » Car il n'est besoin d'éliminer que l'acheteur qui pourrait être un élément de trouble. Mais il faut l'éliminer complètement en rachetant sa part entière.

Il faut observer que si l'un des acheteurs n'a pu obtenir sa mise en possession, quoiqu'il ait payé sa part de prix, parce que les autres coacheteurs n'ont pas payé la leur, le chafi ne peut exercer son droit. S'il en était autrement, le vendeur restant en possession d'une partie et le chafi devenant possesseur de l'autre, il pourrait y avoir là pour le vendeur une copropriété ou un voisinage préjudiciable (3).

Telles sont les règles admises par Chafei, Ahmed et la majorité des docteurs hanefis (4). Les jurisconsultes qui se rattachent au rite maleki, oubliant le rôle de la chefâ, indiquent une règle plus sévère et ils

1. Minhadj, II, 129; Hedaya, 564.

2. Minhadj, II, 129; Cf. Hedaya, 564, et Morchid al Haïran, art. 135.

3. Hedaya, 564.

4. Balance de Charani, 361.

établissent une indivisibilité absolue de rachat des parts vendues par un seul acte. Il faut prendre pour soi tout ce qui a été transmis par une seule vente, non seulement lorsqu'il y a eu achat de plusieurs parts indivises par un même acquéreur (1), mais encore « lorsqu'une part indivise (ou plusieurs) a été achetée par deux personnes ou par un plus grand nombre, si l'achat a été fait par un contrat unique (2). »

Ces règles doivent se combiner avec celle de l'accroissement forcé par suite de vocation éventuelle au tout, lorsqu'il y a plusieurs chafis et que l'un renonce. Il ne faut pas oublier non plus que cette vocation éventuelle peut avoir été éteinte par l'exercice de la chefâ, et que la renonciation après le rachat est inhabile à la faire revivre.

SECTION III. — *Obligation de payer le prix.*

« Cerachat s'opère par payement du prix pour lequel le copropriétaire a vendu sa part (3). » S'il n'y a payement, l'acheteur n'est pas tenu de transférer la propriété. S'il l'a fait contraint et forcé, il a le droit de faire annuler la chefâ (4).

1. Khalil, Perron, IV, 447, et Seignette, 290, n° 904.

2. Tohfât, 303, v. 940; Cf. Khalil, Perron, IV, 447, et Seignette, 280, n° 874.

3. Abou Chodja, d'après El Badjouri, *loc. cit.*, 493, I.

4. Khalil, Perron, IV, 446.

Le chafi doit payer immédiatement. S'il se refuse à payer, le cadi l'exécutera par les moyens ordinaires. Chez les malekis si le chafi s'est exprimé au futur et a dit « je prendrai », on laisse trois jours de délai pour le payement; passé ce délai, le rachat est annulé (1). En rite hanefi le chafi n'est pas tenu de consigner le prix lorsqu'il intente la procédure. Il suffit qu'il paye immédiatement après le transfert opéré par le cadi (2).

En principe, c'est une chose semblable à celle payée par l'acheteur qui est due, si l'on peut se la procurer (3); il y aura évaluation pécuniaire lorsque la contre-partie de l'acte de transfert n'est pas une chose dans le commerce, ou si l'on ne peut se procurer de chose semblable (4). Par conséquent dans le cas où le prix consisterait en choses fongibles, comme des grains ou de la monnaie, le copropriétaire doit restituer à l'acheteur des choses de la même qualité, en quantité égale (5). Ceci est vrai même lorsque la vente a eu lieu moyennant une créance.

Si l'on ne peut se procurer de choses semblables, il faudra payer le montant d'une évaluation pécu-

1. Khalil, Perron, IV, 447.

2. Cour d'appel indigène du Caire, 15 mai 1895 et les autorités citées. (*Revue Clavel*, 1895, p. 238).

3. Tohfât, 507, v. 946.

4. Khalil, Perron, IV, 425, et Seignette, 280, n° 879.

5. Fath al Qarib, 375; Minhadj, II, 124; Hedaya, 555.

naire (1). Si par conséquent la vente a eu lieu en échange de corps certains, on payera la valeur de ces corps certains. Par exemple si un fonds de terre est échangé contre un autre, comme chacun des fonds est le prix de l'autre, le chafi de chacun payera la valeur de la pièce de terre donnée en échange (2).

Des questions particulières se posent lorsque la chefà est exercée entre sujets ou, entre sujets et musulmans. Il se peut que la vente ait eu lieu en échange de choses prohibées par la loi islamique. Le prix de la vente a été par exemple du vin ou des porcs. Si un dimmi achète une terre pour du vin ou des porcs, et que le chafi soit également mécréant, celui-ci pourra exercer son droit pour une égale quantité de vin semblable ou la valeur des porcs; parce qu'il est permis de vendre ces choses entre infidèles. Et comme le droit de chefà est commun aux musulmans et aux dimmis, que le vin chez ces derniers est considéré comme le vinaigre chez les premiers, les porcs comme les moutons, que le vinaigre fait partie des choses fongibles, les moutons des corps certains, le chafi a la liberté de prendre la terre pour une égale quantité de vin ou la valeur estimative des porcs. Mais cela n'est pas permis au chafi musulman. Car il est

1. Fath al Qarib, 375; Minhadj, II 124.

2. Hedaya, 555.

défendu dans l'Islam de donner ou de recevoir du vin. A cause de cette impossibilité légale de se procurer du vin, quoique l'obligation en principe porte sur du vin, le chafi musulman payera la valeur du vin donné en payement. Il en sera de même pour un dimmi touché de la foi après la vente qui donne ouverture à son droit. S'il y a deux chafis, l'un croyant, l'autre non, chacun suivra pour sa part les règles établies plus haut, sans que l'impossibilité où se trouve le musulman de se procurer du vin affecte en quoi que ce soit l'obligation du dimmi (1).

Il y aura également lieu à évaluation lorsque la contre-partie n'est pas dans le commerce, c'est-à-dire en cas de don nuptial, prix compensatoire d'un divorce, prix de composition d'une blessure. Cependant au cas où la dia est fixée par la coutume, Khalil prescrit de payer la dia coutumière (2).

Les Chafeis admettent que le prix dû par le chafi est le prix coutumier de la dot ou du divorce : « La portion d'un immeuble transféré à titre de don nuptial est sujette au droit de chefâ de la part du copropriétaire pour un prix qui s'évalue d'après le don nuptial proportionnel que la femme en question aurait pu réclamer ; la même règle s'observe s'il s'agit

1. Hedaya, 556.

2. Khalil, Perron, IV, 426 et 427.

d'un transfert à titre de prix compensatoire en cas de divorce (1). »

Il y a également lieu à évaluation au cas de ventilation quand la part indivise a été englobée dans une vente portant sur plusieurs choses (2).

En principe le chafi, dit-on, doit payer à l'acheteur le prix de la vente. Cependant la formule n'est pas parfaitement exacte: en vérité ce que l'on veut, c'est défrayer l'acheteur. Si donc le prix indiqué à l'acte de vente n'a pas été le prix payé par suite de certaines circonstances, le chafi profitera de cette diminution du prix. Il se peut que le vendeur ait fait remise à l'acheteur d'une partie de sa dette, à titre de déduction pour une défectuosité, par exemple, ou de remise bénévole (3). On défalque alors du prix à payer par le chafi, le montant de cette remise, « si toutefois, dit Khalil (4), le reste du prix peut être considéré comme le prix rationnel de la part d'immeuble ». Mais si après la vente l'on convient d'une augmentation de prix, ce changement n'est pas opposable au chafi: parce qu'en principe le bénéfice de rachat est établi par la vente dès sa forme première. Il en serait de même au cas où après une première

1. Minhadj, II, 125 ; Cf. Fath al Qarib, p. 377 ; et le même Abou Chodja d'après El Badjouri, *loc. cit.*, 493, III.

2. Khalil, Perron, IV, 426 ; Minhadj, II, 124.

3. Khalil, Perron, IV, 458, et Seignette, 293, n° 914.

4. Khalil, Perron, IV, 458.

vente il y aurait novation de cette vente pour un prix plus élevé : le chafi ne serait tenu de payer que le premier prix (1).

Il se peut que le chafi ait le choix entre plusieurs prix à payer. Ceci a lieu lors de ventes successives dans deux circonstances. L'ayant droit au privilège était absent et il a ignoré les ventes successives (2). Il y a eu résiliation du marché entre le vendeur et l'acheteur. Dans ces deux cas on donne au chafi la faculté de méconnaître les ventes successives : il peut faire valoir son droit vis-à-vis du premier copropriétaire, ou bien l'acceptant comme copropriétaire indivis, exercer la chefâ à l'encontre du nouvel acheteur, celui qu'il voudra. En conséquence son obligation de payer le prix (et celles qui y sont rattachées) sera déterminée par la vente qui a eu lieu entre le propriétaire reconnu et le nouvel acheteur (3).

En rite maleki, celui qui a prêté une terre avec faculté d'y bâtir ou d'y planter doit également payer le prix de vente. Ceci n'est vrai que si la durée du prêt n'est pas déterminée. Mais si le terme du prêt

1. Hedaya, 555.

2. Khalil, Perron, IV, 453, et Seignette, 292, n° 909.

3. Il faut se souvenir que le rite maleki au cas de résiliation tout en donnant au chafi le choix entre les deux prix, ne base pas sa solution sur le fondement que nous indiquons ici comme nous l'avons dit en traitant de la résiliation, ch. I, s. III.

était arrivé, le chafi prêteur a la faculté de prendre la maison ou les arbres pour la valeur estimative de la maison démolie ou des arbres abattus (1).

Si un délai avait été accordé à l'acheteur, le chafi pourrait-il en jouir ? Les rites sont en désaccord. Pour les malekis « il est de règle que le chafi subisse relativement à l'objet acheté les conditions stipulées quant à l'échéance du prix ou au délai » (2). C'est qu'en principe le chafi doit payer le prix de la vente, mais rien que le prix de la vente : or le prix a été modifié lorsque le vendeur a accordé un délai de paiement, et le chafi doit profiter de ce délai. Ainsi pensent les Malekis, et Ziffar parmi les Hanefis (3). Sous condition cependant que le chafi soit d'une solvabilité notoire ; sans quoi il devrait fournir caution, ou payer comptant. Toutefois on excepte le cas où les deux individus, acheteur et chafi, sont aussi dépourvus de ressources l'un que l'autre, auquel cas le bénéfice du terme subsiste (4). Là majorité des auteurs hanefis et chafeis suivent une règle différente. Lorsque le prix de vente est payable à terme, le chafi peut à son choix ou anticiper le paiement et entrer de suite en possession du mehfou, ou atten-

1. Khalil, Perron, IV, 429-430.

2. Tohfât, 507, v. 946 ; Cf. Khalil, Perron, IV, 427.

3. Hedaya, 555.

4. Khalil, Seignette, 280, n° 880 ; Perron, IV, 427 ; Tohfât, 509

tendre l'échéance du terme ; il n'a pas le droit de le prendre de suite et de demander à payer au terme fixé (1). On prétend qu'un délai doit faire l'objet d'une stipulation spéciale entre les parties et qu'on ne peut considérer le délai consenti à l'acheteur comme une stipulation entre le vendeur et le chafi ; que par ailleurs il faut craindre le plus ou moins de solvabilité du chafi. S'il est vrai, comme le disent les Malekis et Ziffar, que le délai est une modification du prix, cette modification n'a eu lieu que par faveur personnelle pour l'acheteur, que le droit du vendeur en principe est de demander le prix immédiatement. Il n'y a là rien d'anormal ; l'analogie est complète avec l'hypothèse où un acheteur à terme revend de suite par une vente au prix de revient : or s'il n'y a stipulation expresse, le nouvel acheteur n'a pas droit au délai (2). S'il ne veut prendre de suite au comptant la maison vendue, le chafi peut le faire le jour de l'échéance du terme, pourvu selon Abou Hanifa et l'imam Mohammed qu'il ait fait sa démarche immédiatement ; sans quoi son droit est annulé, car le privilège existe dès la vente et doit être exercé dès que la vente a été connue. Abou Youçof ne l'exige pas, car d'après lui le seul but de la chefâ est de permettre de prendre la terre, résul-

1. Hedaya, 555 ; Minhadj, II, 124 ; Morchid al Haïran, art. 127.

2. Hedaya, 556.

tat qu'on ne peut atteindre de suite : c'est pourquoi le chafi garde le silence. De ce silence ne peut donc être présumée sa renonciation ; il ne faut donc pas annuler le privilège. Les partisans d'Abou Hanifa et de Mohammed répondent que la prise de possession du mehfou est toujours postérieure à la réclamation, procédure nécessaire, et que d'autre part le chafi a la faculté de hâter cette entrée en possession en payant de suite le prix (1).

Au prix de vente s'ajoutent les accessoires, c'est-à-dire les frais d'acte, et les garanties. Les frais qui par suite du contrat incombent à l'acheteur lui seront remboursés par le chafi (2). Les frais sont déterminés par la coutume locale : tels sont les frais de crieur public, notaire, etc. Il y a controverse sur le point de savoir si les dépenses accessoires qu'il n'est pas coutume d'imposer à l'acheteur doivent être aussi remboursées. Il vaut mieux ne pas l'admettre (3). Le chafi doit subir les conditions de garantie insérées au contrat premier. Il devra donc fournir soit un gage, soit une caution, au cas où le vendeur a exigé de l'acheteur un gage ou une caution (4). Ceci n'a d'intérêt que chez les

1. Hedaya, 556.

2. Khalil, Perron, IV, 426, et Seignette, 279, n° 878 ; Tohfât, 569, v. 947.

3. Khalil, Perron, IV, 426.

4. Khalil, Perron, IV, 426 ; Tohfât, 507, v. 946.

Malekis et s'il y a eu délai pour le paiement.

Le prix doit être versé à l'acheteur (1). Celui-ci ne peut déléguer au vendeur sa créance sur le chafi, c'est là un mode de paiement interdit (2). Le vendeur ne connaît que son acheteur, lequel est seul responsable envers lui. Mais si le chafi paye entre les mains du vendeur premier, le paiement est valable, et déchargera pour autant l'acheteur qui reste responsable (3).

Au cas de ventes successives, le prix est livré au possesseur actuel, quelle que soit la vente visée. Il percevra la somme payée par lui, le surplus sera remis à son auteur. Si au contraire la somme perçue par lui est moins élevée que celle qu'il a payée, il fera valoir son recours en éviction vis-à-vis de son vendeur (4).

1. Tout ceci doit être complété par le chapitre des effets.

2. Tohfât, 507, v. 944 ; Khalil, Perron, IV, 428.

3. Morchid et Haïran, art. 127.

4. Khalil, Perron, IV, 453.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

Pas de procédure spéciale.

Même règle concernant l'indivisibilité d'exercice que dans le droit commun sunnite (1).

Mêmes règles concernant le prix, mais les frais déboursés par le premier acquéreur demeurent à sa charge, et ne sont pas supportés par l'associé préempteur (2).

Dans l'hypothèse d'une vente à terme il y a deux opinions : le chafi pourrait à son choix se saisir de suite du mehfou en payant le prix au comptant, ou attendre l'échéance du terme convenu ; d'après d'autres auteurs, il ne pourrait qu'attendre l'échéance du terme stipulé, tout en étant obligé de déclarer immédiatement exercer le privilège et en demeurant res-

1. Querry, Ch. II, 275 sq., et 279, n° 49.

2. *Eod. loc.*, 279, n° 51.

ponsable du prix convenu; il doit fournir caution s'il n'offre lui-même aucune garantie pécuniaire (1).

RITE ABADI

Les Abadis établissent une certaine procédure: le chafi qui veut exercer son privilège doit en informer l'acquéreur et cela en présence de deux témoins dignes de foi, certifiant qu'il a réclamé son droit. Il devra aussi faire des offres réelles. Nous reviendrons sur ces offres en traitant du prix.

Mêmes règles générales s'agissant de l'indivisibilité. On lit dans le *Nil*: « Le chafi étant seul, il pourra exercer son droit sur le tout ou y renoncer... Si certains communistes renoncent à l'exercice de la chefâ, les autres auront la faculté d'user de leur droit, mais pour la totalité ou d'y renoncer. »

Par ailleurs, le résumé du Manhadj porte: « Si les acquéreurs sont plusieurs et que la chefâ soit exercée, le chafi peut ne l'exercer que contre un seul. S'il s'agit de plusieurs vergers situés dans des endroits différents vendus par un même acte, le chafi peut exercer son droit sur l'un d'entre eux. On dit aussi qu'il doit l'exercer sur tous les vergers puisque la vente les concernant n'a fait l'objet que d'un seul

1. *Eod. loc.*, 285, n° 88.

contrat; mais la vérité est qu'il ne peut exercer le retrait que sur le seul verger pour lequel son droit de retrait est établi ». En ce qui concerne l'obligation de payer le prix nous savons que le chafi doit payer immédiatement, et même faire des offres réelles. En même temps qu'il fait sa déclaration devant témoins, il doit rembourser à l'acquéreur le prix de son acquisition s'il en connaît la nature et le montant.

Le prix de l'acquisition peut être payable à terme. Dans ce cas l'acquéreur devra l'annoncer au chafi et celui-ci s'acquittera à l'échéance fixée. Mais il n'en est pas moins tenu en formulant sa réclamation de faire des offres à deniers découverts.

En principe le prix à payer est le prix de la vente première. On admet les mêmes règles que le droit commun sunnite concernant les remises ou abandons d'une partie du prix, consentis par le vendeur à l'acquéreur ou les augmentations.

Le dire de l'acquéreur sous serment fait foi en ce qui concerne le montant du prix, s'il n'existe aucun autre genre de preuve. Mais la fixation du prix par évaluation peut se produire dans certaines hypothèses.

1° L'acquéreur ne veut pas indiquer le prix. Il faut admettre qu'il a reconnu le caractère onéreux de l'acte d'acquisition, ou que le chafi prêt à l'établir passe outre. Lorsque le chafi fait à l'acquéreur sa déclaration de chefâ devant les témoins requis, si, ignorant

les conditions de la vente, il les demande à l'acheteur et que celui-ci se refuse à les faire connaître, il lui jettera quelques pièces de monnaie (ce sont là les offres réelles) et se transportera avec ses témoins devant le cadi. Celui-ci mandera l'acquéreur ; s'il ne veut indiquer son prix, il pourra user de contrainte et le faire bâtonner. S'il indique un prix invraisemblable le cadi nommera des experts pour faire évaluation du prix au jour de la vente. C'est le montant de cette évaluation que le chafi paiera.

2° Le prix indiqué dans la vente est invraisemblable, l'immeuble vaut dix, le prix de la vente est cent. On admet qu'il y a là simulation du prix. Dans ce cas également on procédera à estimation de la chose.

3° L'acquisition a été faite contre des animaux. Le chafi produira des personnes honorables qui en feront l'estimation au jour de l'achat, à moins cependant que lui-même n'indique un prix raisonnable.

4° Certains auteurs accordent la faculté lorsque le prix consiste en choses fongibles, de se libérer en payant le montant d'une évaluation. Cette solution cependant n'est pas généralement admise. En tous cas, s'il y a disparition complète de ces choses fongibles, si par exemple le prix a été représenté par des dattes ou du raisin, et qu'il ne s'en trouve plus le jour où la chefâ est exercée, on considère le privilège comme prescrit. Cette règle n'a de conséquences pratiques que si l'on admet un délai très court.

Dans l'usage suivi en matière de délai, l'hypothèse ne se présentera guère que si le chafi est négligent.

Le paiement doit être fait dans les mains de l'acquéreur. S'il y a eu plusieurs ventes, le chafi peut exercer la chefâ en se basant sur la vente qu'il veut. Mais il devra toujours payer entre les mains du dernier possesseur, les possesseurs intermédiaires étant avisés et convoqués par le chafi. Telle est l'opinion du jurisconsulte Alfiech.

CHAPITRE II

Des circonstances d'ensemencement, plantation, embellissement et construction faits par l'acheteur pendant sa possession intermédiaire.

Le chafi exerçant la chefâ en principe a le droit de reprendre le mehfou moyennant le prix payé par l'acheteur. Cependant il se peut que le fonds ait obtenu une plus-value, et ce par suite des actes du propriétaire intermédiaire et des dépenses qu'il a faites.

Le chafi peut-il reprendre le fonds sans tenir compte de cette plus-value, et considérant l'acheteur à la manière d'un possesseur sans droit peut-il l'obliger à enlever les embellissements?

Dans la doctrine qui a prévalu chez les Hanefis, celle d'Abou Youçof, le chafi est libre d'exercer ou non son droit, si l'acheteur a ajouté à la valeur du fonds racheté, par exemple s'il l'a fait peindre, ou s'il a ajouté une aile aux bâtiments, ou s'il a fait des plantations. Mais s'il l'exerce, il doit rembourser la

plus-value (1). C'est qu'en effet l'acheteur a fait à bon droit toutes ces dépenses puisque le fonds est à lui et il serait injuste de l'obliger à les enlever. On doit lui appliquer la même règle qu'au cas où un fonds transféré par une donation à terme ou une vente entachée de nullité ferait retour. D'ailleurs dans le cas présent un dommage doit être supporté, soit que le chafi supporte ce dommage en étant obligé de payer un prix plus élevé pour exercer son privilège à cause du prix additionnel de la valeur des constructions ou que l'acheteur soit obligé de détruire ses constructions. Cette dernière solution est la plus mauvaise, car c'est une perte sèche, tandis que l'augmentation du prix payé par le chafi n'a pas lieu sans compensation (2). La solution d'Abou Youçof est également celle de Chafei (3).

Quant à Khalil il décide que l'acheteur se fait rembourser les frais et dépens d'ensemencement ou d'en-

1. Code ottoman, art. 1044; Hedaya, 556. — Cependant le Morchid al Haïran, l'ouvrage le plus suivi en Égypte nous dit : « Lorsque l'acheteur a construit ou fait des plantations sur l'immeuble, le préempteur a la faculté d'obliger l'acheteur à enlever ces constructions ou plantations, ou bien de les garder en en payant la valeur calculée comme si elles devaient être enlevées. Lorsque l'acheteur a fait dans l'immeuble des dépenses de luxe, par exemple des peintures, le préempteur a le droit de ne pas accepter ces travaux ou bien de ne payer que la plus-value qu'ils ont causée à l'immeuble ». (art. 130).

2. Hedaya, 556 et 557.

3. *Eod. loc.*, 556.

retien des arbres fruitiers (1). Mais l'acheteur n'a droit à la valeur estimative des plantations et constructions que dans les cas où le chafi a droit à son privilège malgré l'expiration des délais ou sa renonciation (2). La solution de Malek est à peu de chose près celle des autres rites. Elle a sa base dans la bonne foi de l'acheteur. Mais l'existence d'un délai forcé par Malek explique la différence : on comprend que l'acheteur maleki ne puisse rien faire pendant les délais ou jusqu'à la renonciation du chafi sans être de mauvaise foi. Lorsqu'il est couvert par cette renonciation ou ces délais c'est à bon droit qu'il peut faire acte de propriétaire. L'absence de délai fixé comme chez les Malekis oblige à considérer dans les autres rites comme point de départ de la bonne foi le jour même de l'achat. A la vérité la différence est toute théorique, parce que, en pratique, par suite de la copropriété des biens sur lesquels portent les droits indivis du chafi et de l'acheteur, le chafi apprendra vite la vente et se fera un devoir de faire connaître sa décision, surtout que c'est pour lui une cause de déchéance de son droit, « lorsqu'il garde le silence dans le cas où l'acheteur détruit ou démolit ou bâtit » (3). Le fait même de tels actes accomplis sur son

1. Khalil, Seignette, 292, n° 913.

2. *Eod. loc.*, Seignette, 292, n° 913 ; Miyar, II, 247.

3. Khalil, Perron, IV, 437.

fonds par un étranger élèvera ses soupçons et l'informera de la vérité. Sur son opposition l'acheteur cessera ses travaux. L'hypothèse d'un acheteur de biens indivis élevant des constructions sans que ses copropriétaires le sachent ne peut se présenter que si ces copropriétaires sont absents, auxquels cas on retombe dans les exceptions prévues par Khalil où l'acheteur a droit à une indemnité, car le plus souvent il aura été assez sage pour attendre la fin des délais.

Au cas de démolition volontaire de bâtiments par l'acheteur le chafi peut renoncer à son droit, ou prendre le reste du fonds pour sa part proportionnelle dans le prix original; mais il n'a aucun droit sur les démolitions, parce qu'elles sont devenues une propriété séparée, et qu'elles ne sont plus accessoires du fonds (1).

Si l'acheteur a enlevé des matériaux ou des débris d'accessoires du fonds qui ont péri par cas fortuit, la valeur de ces objets calculée au moment de leur enlèvement par l'acheteur devra être déduite de la somme due par le chafi (2).

1. Hedaya, 557; Morchid al Haïran, art. 131.

2. Morchid al Haïran, art. 132.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

Les fruits appartiennent à l'acquéreur. Si l'acquéreur a planté des arbres ou élevé des constructions, il a le droit, lors de l'exercice de la chefâ, d'arracher les plantes ou de démolir les constructions. Il peut aussi refuser de le faire. Le chafi dans ce cas a le choix entre trois partis : renoncer à son droit, payer la valeur des plantes ou des constructions, faire procéder à l'arrachement ou à la démolition à charge de payer à l'acquéreur l'indemnité du dommage à lui causé (1).

Si le fonds se trouve en culture, les plantes ou semences doivent demeurer, le chafi pouvant attendre la fin de la récolte ou demander la livraison immédiate du fonds (2).

1. Querry, 282, n^{os} 71, 72, 73, 74.

2. *Eod. loc.*, 284, n^o 86.

RITE ABADI

Les fruits appartiennent à l'acquéreur.

Si l'acquéreur a fait des dépenses sur le bien, objet du rachat, le chafi doit-il rembourser ces dépenses ? A cette question les oulemas répondent par une distinction. S'il s'agit de dépenses nécessaires, forcées, elles devront être remboursées à l'acquéreur par le chafi. Mais l'acheteur ne doit prétendre à rien s'il a fait des dépenses de luxe en vue d'un embellissement.

Au surplus la valeur des fruits, si la chose en a produit, se compense avec la créance de l'acquéreur sur le chafi à raison des réparations. Si donc une maison a rapporté 100 douros de loyer, que l'acquéreur ait fait pour 120 douros de réparations, le chafi ne devra payer à l'acquéreur en sus du prix à raison des réparations que 20 douros. On considère que l'acquéreur a été négligent, qu'il savait fort bien que l'immeuble était sujet à chefâ, et qu'il lui suffisait pour éviter tout dommage de mettre en cause le chafi, ou d'attendre la prescription du droit. Par ailleurs il ne peut se plaindre de perdre l'intérêt de son argent. Car si en fin de compte il perd les intérêts du prix d'achat de l'immeuble, normalement représentés par les fruits de l'immeuble durant la possession intermédiaire entre l'achat et la chefâ, il doit se souvenir

que la loi musulmane défend de tirer intérêts de l'argent.

Au surplus le cheickh Alfiech ajoute :

Si l'acquéreur a fait les réparations de sa propre main, *quid*. Une première opinion veut qu'on évalue le travail, et que le chafi paye le montant de cette évaluation. Ce n'est pas la bonne. La main-d'œuvre de l'acquéreur travaillant lui-même ne doit pas être évaluée et payée par le chafi.

Le jurisconsulte Alfiech ajoute :

Si l'acheteur a démoli la maison pour la reconstruire, alors qu'il y avait nécessité de la démolir, le chafi venant à exercer son droit de chefâ avant qu'elle ne soit reconstruite, ne peut exiger la reconstruction de la maison, ni sa remise en état. Cependant une autre opinion soutient que, si le délai pour exercer le privilège n'était pas expiré avant que l'acheteur eût démoli la maison, l'acheteur est tenu de reconstruire la maison si le chafi l'exige.

CHAPITRE IV

Fins de non recevoir nées après l'acte de transfert ou de cet acte même.

SECTION I. — *Retard dans l'exercice du privilège.*

L'acquéreur peut d'abord opposer au chafi le retard dans l'exercice de son droit. Quand y a-t-il retard ? Les rites sont divisés.

Abou Hanifa, Chafei et Ahmed n'ont pas fixé de délai. « Il faut faire valoir le droit de chefâ dans un « bref délai » (1), « le délai prolongé dans l'exercice du droit en entraîne la perte » (2), disent Abou Chodja et El Nawawi, et Ibrahim Halebi : « Il faut faire valoir son droit de retrait à l'instant même où l'on est informé de l'aliénation de l'immeuble (3). »

Le système de procédure établi par les Hanefis complique la question. C'est pour les deux premières

1. Minhadj, II, 129 ; Cf. Fath al Qarib, 377, et d'après El Badjouri, *loc. cit.*, 493, II.

2. Fath al Qarib, 377 ; Cf. Minhadj, II, 130, et El Badjouri d'après Sachau, *op. cit.*, 506, n^{os} 24 et sq.

3. Ibrahim Halebi, 95 ; Cf. Balance de Charani, 358 et 359.

déclarations que cette règle est établie : la première qui doit être faite immédiatement, la seconde dans le temps nécessaire pour la faire. Car pour la requête judiciaire, elle doit être faite dans le mois qui suit la demande devant témoins.

Mais quand pourra-t-on dire que le chafi a laissé s'écouler un temps trop long et que son droit est périmé? Abou Chodja a sur ce point un enseignement très clair: « Le principe qui régit cette matière, dit-il, peut se formuler ainsi: Tout ce qu'on peut considérer comme un retard dans l'exercice du droit de chefâ suffit pour le faire périmer; mais s'il n'y a pas de retard imputable, le droit reste intact (1). » On décidera d'après le type d'un homme de diligence ordinaire et d'après la coutume du lieu (2).

Les Malekis fixent un délai pour l'exercice de la chefâ : dans l'opinion commune deux mois lorsque le chafi a été présent à l'acte de transfert, un au lorsqu'il n'y a pas été présent (3).

Quoique le chafi soit en retard, il peut se faire que son droit ne soit pas éteint, s'il a une excuse valable (4).

1. Fath al Qarib, 377.

2. Fath al Qarib, 577; Minhadj, II, 129 : « La personne en faveur de qui ce droit existe doit se hâter de prononcer sa volonté à ce sujet... mais celui qui est en prière, au bain ou à table peut différer sa déclaration jusqu'à ce qu'il ait fini. »

3. Khalil, Perron, IV, 437, et Seignette, 286, n° 892.

4. Tohfât, 497, v. 926.

La première excuse est l'absence : « Le chafi ne saurait être débouté, s'il s'est absenté avant la vente (1). »

La seconde excuse est l'empêchement physique : « Tous les cas où l'on aurait été physiquement incapable de faire valoir son droit (2). » Et encore faut-il que l'on soit inapte à constituer un mandataire, ou à défaut à faire constater son intention par témoins (3).

El Nawawi et El Badjouri y ajoutent l'hypothèse où le chafi a appris la vente d'une personne dont le témoignage ne serait pas accepté en justice, parce qu'il est alors dans une légitime erreur (4), et Abou Chodja l'hypothèse où l'ayant droit au rachat déclare ne pas avoir su que la chefâ doit s'exercer dans un bref délai : « Dans ce cas il y a la présomption en faveur de la vérité de ses paroles, pourvu qu'il prête serment, et pourvu qu'il s'agisse d'un individu dont l'ignorance est plausible (5). »

1. Khalil, Perron, IV, 439 ; Tohfât, 497, v. 926 ; Fath al Qarib, 377 ; Minhadj, II, 129.

2. Fath al Qarib, 377. Khalil prévoit le cas où le chafi croyant être de retour avant le terme du délai s'est absenté et n'a pu revenir à temps ; Perron, IV, 438 ; Abou Chodja, Fath al Qarib, 377, et El Nawawi, Minhadj, II, 129, les cas de maladie, d'emprisonnement, peur de s'exposer à la poursuite d'un ennemi ; les commentateurs non musulmans ajoutent souvent l'extrême vieillesse.

3. Fath al Qarib, 379 ; Minhadj, II, 129.

4. Minhadj, II, 130 ; El Badjouri, d'après Sachau, *op. cit.*, 506, 28 et sq.

5. Fath al Qarib, 379.

A en croire certains auteurs, une autre excuse existerait au cas où le représentant légal d'un mineur chafi n'a pas agi, et au cas où un mandataire n'a pas rempli son mandat. Ces hypothèses sont assimilées par tous les docteurs à celle d'une renonciation tacite, et seront étudiées traditionnellement à cette place.

Lorsque l'état d'excuse cesse, le chafi doit agir immédiatement, sous peine de perte de son privilège.

L'acheteur peut mettre en demeure le chafi (1). Il n'est jamais obligé de prévenir le chafi de son acquisition. C'est un devoir moral de faire connaître au chafi la vente donnant ouverture au privilège, aussi bien pour le vendeur que pour l'acquéreur, et c'est ce que fera tout homme de bien craignant Dieu. Cependant il n'y a pas là une obligation légale. Mais au cas où l'acheteur mettrait le chafien demeure devant justice d'exercer son droit ou d'y renoncer, celui-ci devrait se prononcer immédiatement, et les délais malekis ne sauraient être invoqués (2).

SECTION II. — *Renonciation.*

La renonciation du chafi est une cause d'extinction de son droit (3).

1. Tohfah, 501, v. 933.

2. Khalil, Perron, IV, 443.

3. Ibrabim Halebi, *loc. cit.*, 95.

Elle doit être faite après la vente : « Le désistement qui précéderait la vente ne serait pas obligatoire (1). »

En principe elle est faite à titre gratuit. Khalil permet de renoncer à titre onéreux, pourvu que ce soit en temps voulu, c'est-à-dire après la vente (2).

Il n'est pas de termes sacramentels. Le chafi peut employer une expression quelconque. Cependant on doit se montrer sévère dans l'interprétation des paroles du chafi : « Il n'y a pas un motif de perte du droit de préemption, lorsque le préempteur, en rencontrant l'acheteur après avoir appris la vente le salue en disant : « Paix sur vous », ou en disant : « Que Dieu vous bénisse dans l'acquisition que vous avez faite. » Cependant tous les auteurs ne sont pas d'accord sur les conséquences d'une exclamation qui, comme la dernière, contient une invocation à Dieu (3). »

La renonciation tacite est valable (4). Tout le système de prescription exposé ci-dessous est basé sur une renonciation présumée. Khalil cite un certain nombre d'hypothèses de renonciation tacite :

Le copropriétaire a proposé à l'acheteur le partage de la part achetée, encore que ce ne soit qu'un

1. Khalil, Perron, IV, 443 ; Cf. Tohfât, 499, v. 929.

2. Khalil, Perron, IV, 429.

3. Minhadj, II, 130.

4. Choix splendide, n° 38.

partage en jouissance, ou même que ce partage n'ait pas lieu (1).

Ou bien il achète de l'acheteur la part indivise par une vente ordinaire, en dehors du droit de chefâ (2).

Ou bien il utilise la part vendue pour le compte de l'acheteur (3).

Ou il la loue (4).

Ou il a gardé le silence dans le cas où l'acheteur détruisait, démolissait ou bâtissait (5).

Ibrahim Halebi ajoute: « Il en est de même si la vente de l'immeuble s'est faite par son moyen, c'est-à-dire à titre de fondé de pouvoir (6). » Au contraire s'il avait été l'agent de l'acheteur, son droit ne serait pas éteint. Ceci n'est que l'application d'une règle générale à savoir que, une personne qui vend pour autrui ou fait quelque chose de semblable éteint son droit de chefâ, non lorsqu'elle est l'agent de l'acheteur. En conséquence si quelqu'un vend un immeuble en réservant le droit d'option pour une troisième

1. Khalil, Perron, IV, 436; Seignette, 286, n° 892.

2. Khalil, Perron, IV, 436; Seignette, 286, n° 892; Morchid al Haïran, art. 143.

3. Khalil, Perron, IV, 437; Seignette, 286, n° 892.

4. Khalil, Perron, IV, 435; Seignette, 286, n° 892; Morchid al Haïran, art. 143.

5. Khalil, Perron, IV, 437; Seignette, 286, n° 892.

6. *Loc. cit.*, 95.

personne qui est le chafi et que celui-ci confirme, son droit de chefâ s'éteint ; si au contraire c'était l'acheteur qui avait réservé l'option pour le chafi, celui-ci ne détruirait pas son privilège en confirmant la vente (1).

La renonciation du chafi, expresse ou tacite, peut être entachée des vices d'erreur ou de contrainte ; elle est alors considérée comme non avenue, et le privilège de chefâ peut être exercé lorsque le vice a pris fin.

L'erreur peut porter : sur le prix, sur la chose, sur l'acheteur.

Sur le prix. — On a indiqué au chafi un prix supérieur au prix réel de vente (2). Si le prix d'abord indiqué était moindre que le prix réel, la raison de renoncer existerait toujours. Au contraire un prix trop élevé peut avoir déterminé le chafi à renoncer à son privilège, qu'il aurait exercé si le prix avait été moins fort. Il en serait de même si l'on avait indiqué au chafi un mode de paiement différent de celui établi dans la vente (3). Par exemple : on lui a annoncé que la vente avait eu lieu pour mille dirames, et elle s'est faite contre tant de mesures de blé ou d'orge équivalentes ou même supérieures en va-

1. Hedaya, 562.

2. Khalil, Perron, IV, 440 ; Hedaya, 562 ; Morehid al Haïran, art. 144.

3. Hedaya, 562.

leur à mille dirames. Il faut annuler la renonciation car tel qui peut fournir tant de mesures de blé ou d'orge facilement n'est pas toujours en mesure de se procurer mille dirames. Mais cette règle n'est applicable qu'aux choses fongibles ; elle n'existe pas s'agissant de corps certains, pour lesquels le chafi aurait dû payer un équivalent (1). On excepte aussi le cas où l'erreur porte sur la nature des monnaies données en paiement, par exemple le chafi a cru le prix payé en dinars et il le fut en dirames (2).

Sur la chose. — On a dit au chafi qu'il n'y avait de vendu qu'une partie de l'immeuble, et en réalité la vente a porté sur tout (3). Le chafi a pu renoncer parce que le dommage résultant de la vente partielle était minime, tandis que la vente totale entraîne un considérable. Mais il n'en serait pas de même si le chafi avait cru à une vente totale et qu'en réalité il n'y eût que la moitié de vendu, car la renonciation au tout comprend la renonciation à la moitié (4).

Sur l'acheteur. — On a désigné au chafi une autre personne que le véritable acheteur, ou bien on ne lui a désigné qu'une partie des acheteurs (5). La

1. Hedaya, 562.

2. Hedaya, 563.

3. Khalil, Perron, IV, 440; Hedaya, 563; Morchid al Haïran, art. 146.

4. Hedaya, 563.

5. Khalil, Perron, IV, 440; Hedaya, 563; Morchid al Haïran, 145.

renonciation du chafi a été faite en considération de la personne qui devient son copropriétaire ou son voisin. Si donc il y a erreur la raison de cette renonciation n'existe plus et le chafi pourra exercer son privilège vis-à-vis de l'acheteur ou des acheteurs qu'il n'a pas connus lors de la renonciation.

Si un père ou un tuteur testamentaire (1) renoncent au droit de chefâ qui appartient à leur pupille, cette renonciation est-elle valable? Cette question embrasse non seulement l'hypothèse d'une renonciation expresse, mais encore celle d'une renonciation tacite. On observe qu'il y a là la même discussion que dans le cas où le représentant légal du mineur n'a pas agi en temps voulu, et que dans le cas où un mandataire n'agit pas ou renonce (2).

Les docteurs sont en désaccord. La renonciation est valable selon Abou Hanifa et Abou Youçof (3). Mohammed et Ziffar (4) disent au contraire qu'elle n'est pas légale et que le droit de l'enfant chafi continuant d'exister il pourra exercer son privilège à sa majorité.

1. Le tuteur nommé par le cadi est en réalité un mandataire du cadi.

2. Hedaya, 564 et 565. S'agissant de l'intérêt de la question, il ne faut pas oublier que dans toute indivision le copropriétaire présent est présumé mandataire de l'absent.

3. Hedaya, 564.

4. Hedaya, 564.

Les arguments de l'imam Mohammed et de Ziffar sont au nombre de deux. D'abord on prétend que le droit de chefâ étant formellement établi sur la tête de l'enfant, le père ou le tuteur n'ont pas le droit de l'annuler; ensuite, leur autorité sur les affaires de l'enfant leur est donnée dans le but de l'empêcher de supporter aucune injure ou dommage. Or, lorsqu'ils renoncent au droit de chefâ, il y avait là justement l'occasion de prévenir un dommage pour l'enfant. Abou Hanifa, Abou Youçof et les jurisconsultes qui suivent leur opinion se fondent aussi sur un double argument. C'est d'abord que la prise de possession d'une chose par chefâ est de sa nature un acte de trafic, puisqu'elle se produit comme un achat, moyennant un prix; or, le père et le tuteur peuvent s'en dispenser, de même qu'ils le feraient en cas de vente. En second lieu cette prise de possession est un acte à conséquence douteuse, pouvant entraîner un gain ou une perte : la renonciation au privilège peut être parfois pour le mineur le meilleur parti; comme les pouvoirs du père ou du tuteur leur sont donnés en vue de la bonne gestion des intérêts de l'enfant, il faut leur donner la faculté de renoncer. Cette différence d'opinions n'existe que si le mehfou a été vendu pour un prix à peu près égal à sa valeur. Si le prix était supérieur, d'après l'avis unanime des jurisconsultes, la renonciation du père ou du tuteur est légale comme étant de l'intérêt bien

entendu de l'enfant, et l'exercice de la chefâ n'est pas permis. Si le mehfou avait été vendu pour un prix de beaucoup inférieur à sa valeur, l'opinion d'Abou Hanifa est que dans ce cas la renonciation n'est pas valable et demeure sans effet (1). La pratique suit Abou Hanifa. Cependant si le mineur n'avait ni père ni tuteur et que le cadi ne lui en ait pas nommé un, son droit à la chefâ ne s'éteint pas, et il l'exercera à sa majorité (2). Pour les Malekis, il ne saurait y avoir de renonciation valable (3). « Le retrait n'est pas identique à l'achat, car il a pour but d'écarter un dommage, tandis que le commerce a pour objet de réaliser un bénéfice. Or, écarter un dommage est une opération urgente. En conséquence de ce qu'une chose peu importante n'est pas obligatoire pour le tuteur, il n'en résulte pas qu'une chose plus importante ne le soit pas (4). »

SECTION III. — *Fins de non recevoir nées de l'acte de vente.*

Toute une série de fins de non recevoir peuvent naître de l'acte de vente, lorsque les parties à la

1. Hedaya, 564 et 565.

2. Morchid al Haïran, art. 121.

3. Khalil, Perron, IV, 440, et Seignette, 287, n° 893.

4. Miyar, II, 244.

vente ont voulu aller à l'encontre de la loi. Selon Abou Hanifa et Chafei en effet il est permis de traiter de façon à éluder la chefâ. Mais Malek et Ahmed s'y opposent absolument (1). Nous ne pouvons dire depuis quand existent ces moyens de tourner la loi. Mais ils sont très anciens, puisque Charani qui en parle comme anciens est mort en 973 de l'Hégire. (1565-1566 de l'ère chrétienne).

Il existe deux séries de moyens, suivant que l'on veut éluder la chefâ dans tous les cas, ou seulement le privilège du voisin.

Et d'abord éviter le rachat pour le voisin. « Si l'on vend toute une terre excepté une largeur d'un pied tout autour de cette terre, le chafi n'a pas droit à son privilège, parce qu'il n'y a pas de voisinage (2). » Cette bande de terre pourra être après coup donnée à l'acheteur, la donation ne donnant pas ouverture au privilège.

On vend une part indivise, puis par une nouvelle vente on vend le reste. Le moyen est peu employé (3).

1. Balance de Charani, 361.

2. Hedaya, 563. — L'exemple le plus connu des commentateurs français est celui du domaine de l'Enfida, vendu en 1880 par le général tunisien Khereddine à la Société Marseillaise : le domaine sur lequel un voisin voulait exercer la chefâ, ne fut conservé par la Société Marseillaise qu'à raison de cette clause introduite dans le contrat,

3. Dans les pays où l'on admet que le défenseur a le choix du rite il suffit pour celui-ci de choisir le rite maleki.

Si l'on veut éluder la chefâ dans tous les cas, il est possible de le faire soit par la vente à « seura », soit par la vente à la poignée inconnue.

Dans la vente à seura on noue dans un mouchoir ou dans un sac un nombre indéterminé de pièces de monnaie, que l'on jette ensuite dans un endroit inaccessible ; dans la vente à la poignée inconnue on jette aux pauvres une poignée de pièces de monnaie. On convient que cette somme indéterminée et indéterminable fait partie du prix de vente. Le chafi étant dans l'obligation pour exercer son privilège de payer le prix intégral, et ne pouvant le faire parce qu'il est inconnu, le but est atteint (1).

On peut aussi employer la simulation du prix ou de l'acte translatif. Mais dans ces hypothèses il est permis de faire la preuve du prix ou de l'acte.

Personne ne doute aujourd'hui de la possibilité d'éluder la loi. Tous les docteurs sont d'accord. Cependant en Égypte, s'appuyant sur ce fait qu'il est possible de faire la preuve du prix, et que si l'on a permis la chose, c'est que l'on a voulu empêcher la fraude, certains jurisconsultes soutiennent que les moyens indiqués plus haut sont impuissants à tourner la loi. La chose a même été récemment soutenue devant les tribunaux, dans une série de procès res-

1. Choix splendide, n° 50.

tés célèbres en Égypte. Mais cette opinion n'est pas admise en général (1).

SECTION IV. — *Fin de non recevoir née de l'intention du chafi.*

Le chafi ne doit pas disposer du mechfou contrairement au but de l'institution. On ne doit se servir de la chefâ ni pour une opération économique, ni pour une mesure vexatoire. Il faut donc annuler la chefâ si le chafi a racheté parce qu'il a reçu de l'argent d'autrui pour exercer la chefâ. Mais s'il achète pour revendre ? Il existe deux systèmes : 1° le rachat ne peut jamais être exercé lorsqu'on se propose de vendre dès le début, il est possible autrement ; 2° le rachat n'est jamais possible (2).

1. Nasralla. *De la préemption en droit égyptien moderne*. Thèse d'Aix, 1897, p. 125.

2. Miyar, II, 245.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

Pas de délai fixe. Le délai nécessaire à la connaissance du fait sera calculé d'après une moyenne basée sur la coutume et le temps ordinairement requis pour ce faire. Au surplus on admet des excuses (1).

Mêmes règles pour la renonciation (2).

Il est permis de tourner la loi par le moyen de la simulation, mais la preuve est possible (3).

Le privilège doit être exercé par le tuteur ou le père ; sinon le droit n'est pas éteint. S'ils l'exercent à tort l'acte est nul (4).

RITE ABADI

En ce qui concerne les délais le résumé du Mahadj porte : « Le droit de chefâ doit-il être exercé

1. Query, 280, n^{os} 56, 57, 58, 59, 60.

2. *Eod. loc.*, 283, n^o 81 ; 284, n^o 85 ; 289, n^{os} 108, 109 ; 290, n^{os} 110 à 118.

3. *Eod. loc.*, 291, n^o 118.

4. *Eod. loc.*, 274, n^{os} 24, 25, 26.

immédiatement à condition d'avoir connaissance de la vente, du prix et d'être en mesure de l'exercer, ou peut-il être exercé dans le délai de trois jours après que le chafi a eu connaissance de la vente, ou après deux ou trois ans, ou le droit de chefâ n'expire-t-il que par renonciation? Il y a désaccord entre les oulemas. D'après l'usage il doit être exercé dans les trois ans. »

Le mineur dont le père ou le tuteur n'a pas exercé le privilège perd définitivement son droit.

Il est défendu de tourner la loi et par des subtilités d'arriver à mettre obstacle à la chefâ. D'après un hadits accepté par les Abadis le Prophète aurait dit : « Celui qui empêche la chefâ a les pieds déjà en enfer. »

Il est possible d'exercer la chefâ avec l'argent d'un étranger, de céder à un étranger la part rachetée, de dépouiller un acquéreur étranger au profit d'un étranger. Cet acte n'est pas louable, il est même blâmable, mais rien ne le prohibe que la crainte de Dieu.

CHAPITRE V

Nature et effets de la chefâ

L'effet de la chefâ est de transférer la propriété du mehfou au chafi. Ce n'est pas un droit réel, mais un droit personnel. Le chafi a le droit de se faire transférer la propriété du mehfou ; il n'a pas la faculté d'écarter l'acheteur.

La seule déclaration du chafi est impuissante à exécuter le transfert. Pour qu'il ait lieu, il faut : que le prix de vente soit soldé — ou que la chefâ soit confirmée par une décision judiciaire — ou que le chafi ait pris possession en présence de témoins. Ce dernier mode vise le cas chez les Malekis où le chafi exerce immédiatement la chefâ, quoiqu'il jouisse du délai de paiement inséré au contrat de vente. Bien entendu au paiement effectif du prix, on assimile l'hypothèse de crédit consenti par l'acheteur (1).

A en croire les commentateurs européens, la chefâ aurait un effet rétroactif : le chafi prend la place de l'acheteur et il est censé tenir directement le mech-

1. Khalil, Perron, IV, 445 ; Minhadj, II, 123.

fou du vendeur. A preuve que tous les actes faits sur la chose par l'acheteur sont annulés : le chafi considère comme nulles la vente, la donation, l'aumône du mehfou (1) parce que l'acheteur est censé n'avoir jamais eu de droits sur lui. Il n'est même pas obligé de faire prononcer l'annulation par le cadi. A preuve aussi que les risques sont pour le chafi (2). Cependant on reconnaît la validité des baux ; mais on y voit souvent la nécessité de maintenir les actes d'administration.

Cette opinion nous paraît erronée. Pour nous, le chafi tient ses droits de l'acheteur directement, et non pas du copropriétaire vendeur. « L'attribution au préempteur d'un immeuble par le juge ou la livraison qui lui en est faite volontairement par l'acheteur est considérée comme une vente nouvelle », nous dit Kadri Pacha (3). C'est donc que le chafi ne s'est pas substitué à l'acheteur dans la vente primitive. L'acheteur a été propriétaire, et a pu agir valablement sur l'immeuble comme propriétaire. Les actes de disposition sur l'immeuble qu'il a faits sont valables, mais s'ils ne sortent pas leur plein effet, c'est dans le but de ne pas rendre illusoire le droit de

1. Khalil, Perron, IV, 444 ; Morchid al Haïran, art. 129.

2. Hedaya, 557 ; Ibrahim Halebi, *loc. cit.*, 97.

3. Morchid al Haïran, art. 126.

4. Minhadj, II, 126. C'est la même idée que l'on trouve dans le commentaire du Morchid al Haïran, I, p. 98, sur l'article 115 du texte en arabe.

rachat. Ce sont ces deux idées qui se combinent. El Nawawi, étudiant la question dans un rite où l'annulation semble ne pas se faire de plein droit, nous dit : « La disposition de l'immeuble acheté par l'acheteur comme la vente, l'immobilisation, le louage, etc., n'est pas annulée de plein droit par une préemption postérieure ; mais le préempteur peut demander la rescision de l'acte s'il s'agit d'une disposition qui, comme l'immobilisation, rendrait illusoire le droit de retrait (1). » Encore faut-il donner au mot rescision un sens très large comme on va l'expliquer dans ce qui suit. Ceci ressort d'ailleurs des solutions apportées au cas de disposition du mehfou. Nous nous efforcerons de démontrer que chacun des actes de disposition qui devraient être considérés comme nuls si l'acheteur était censé n'avoir jamais traité avec le copropriétaire vendeur, à cause du manque d'une des conditions nécessaires à la validité de cet acte, que chacun de ces actes, disons-nous, continue à produire des effets tantôt à l'égard de l'acheteur et du copropriétaire vendeur seulement, tantôt même à l'égard du chafi.

Soit d'abord le cas de vente. Saïd le vendeur a vendu un immeuble à Ali lequel l'a revendu à Ahmed qui en a pris possession. Le chafi pourra exercer son privilège sur la vente de Saïd à Ali, soit, s'il préfère,

1. Minhadj, II, 126. C'est la même idée que l'on trouve dans le *Commentaire du Morchid al Hairan*, I, 98, sur l'article 115 du texte en arabe.

sur celle d'Ali à Ahmed ; le premier cas seul nous intéresse. Si la théorie que nous combattons était vraie, le chafi serait censé tenir le bien directement de Saïd ; Ali n'ayant jamais été propriétaire de l'immeuble n'aurait pu le vendre à Ahmed ; le chafi pourrait en payant le prix à Ali prendre possession de l'immeuble malgré Ahmed, considéré comme un détenteur sans droits. Or on oblige le chafi à verser le prix entre les mains du dernier acheteur Ahmed ; s'il paye entre les mains d'Ali le paiement n'est pas valable. Si Ahmed n'est pas désintéressé par le prix payé par le chafi, il se retournera vers son vendeur par les actions de la vente, action en éviction, et non pas action en paiement de l'indû dont il se serait servi si la vente n'était pas valable.

Il en serait de même si au lieu d'avoir acquis le mehfou Ahmed le détenait d'Ali en tant que créancier rahniataire (1). La rahnia est valable. Dans les ventes de biens rahniés, il faut, pour qu'il y ait transfert que le créancier approuve, qu'il fasse abandon de son gage ou que le débiteur paye sa dette (2). Au cas de chefâ, si Ahmed le créancier rahniataire fait abandon de son gage, il conserve sa créance contre le débiteur, le gage seul étant abandonné. Mais s'il ne le fait pas, il faudra pour que le chafi entre en

1. La rahnia est la remise faite pour sûreté d'une obligation par un débiteur capable d'aliéner d'une chose dont la vente est licite.

2. Morchid al Haïran, art. 393.

possession qu'il dégage le bien. Pour cela il payera le prix entre les mains du créancier rahniataire. Le prix et non la somme pour laquelle le bien est engagé. Payer plus que le prix serait de nature à rendre illusoire le privilège de chefâ en augmentant les conditions onéreuses. Ceci fera éclore les recours dérivant du droit de gage entre le débiteur et le créancier rahniataire.

S'agissant d'une donation ou d'une immobilisation, il ressort de Khalil (1) (le commentaire de Perron d'ailleurs assez peu clair), que si le chafi peut faire annuler cette donation ou ce habous, le prix doit être livré au donataire. Le fait est certain à cause de l'opposition que fait Khalil entre la chefâ et la revendication. La revendication démontrant que le donateur n'a jamais été propriétaire, la donation n'a jamais été valable. De cette opposition la solution se dégage clairement. Khalil ajoute, d'ailleurs, que si après une donation il survient un tiers revendiquant une partie du bien donné en tant que propriétaire, et rachetant le reste en tant que chafi, le donataire ne recevra rien, parce que le fait qu'une partie du bien donné n'appartenait pas au donateur, annule non seulement la donation de cette part, mais encore l'acte entier de donation (2).

1. Khalil, Perron, IV, 444.

2. Au point de vue des conflits qui peuvent s'élever entre chafi et donataire de parts indivises, il convient de se souvenir que chez les

Au lieu de trois personnages, prenons-en deux seulement, et supposons qu'après la vente de Saïd à Ali, intervienne entre eux une novation.

Lors de novation le chafi peut exercer son droit en se fondant sur la forme première et sur la forme seconde.

Supposons d'abord une diminution de prix. Si la diminution est petite, le chafi peut en profiter. Si elle équivaut à une donation, elle ne saurait être opposable au chafi. Si donc Saïd a vendu un immeuble à Ali pour 100, et qu'une novation change cette vente en donation, le chafi pourra prendre l'immeuble en payant 100 à Ali. Or si la vente première n'avait jamais existé entre Saïd et Ali, la novation ne serait pas valable et Saïd pourrait, se basant sur la vente première, fondement du droit de chefâ ou réclamer 100 à Ali, ou faire annuler cette vente pour défaut de paiement de prix et reprendre son immeuble. Il n'en est rien. C'est donc que la novation quoique n'existant pas vis-à-vis du chafi existe entre Ali et Saïd, et que les actes d'Ali sur le mehfou sont valables.

De même en cas d'augmentation. Saïd a vendu un immeuble pour 100 à Ali. Intervient une novation

Hanafis, au cas de donation de droits indivis dans un bien partageable, la propriété n'est acquise au donataire que s'il y a partage. Cf. Morchid al Haïran, art. 81.

qui porte le prix à 200. Le chafi prend l'immeuble et paye 100 à Ali qui exerce la garantie d'éviction pour 200 contre Saïd.

Les docteurs musulmans n'énoncent pas ces règles dans tous leurs détails dans les ouvrages de droit. Résultats logiques de leur conception, il est inutile d'en parler d'une manière approfondie. D'ailleurs les conséquences économiques des faits juridiques sont d'accord avec les désirs et les prévisions de tous les intéressés. Mais il est un cas où le mécanisme de la novation entraîne des résultats tellement inattendus pour un esprit d'une éducation juridique inférieure, comme celle du commun peuple, et d'un exemple si frappant pour ceux qui font des études que les docteurs développent toutes les conséquences ; à savoir lorsque l'acheteur décharge le vendeur de toute garantie. C'est d'abord l'hypothèse où l'acheteur s'est engagé à ne pas se prévaloir des vices cachés. Cette clause, qu'elle soit insérée au contrat premier ou non, est considérée comme une novation, elle n'est pas opposable au chafi. Elle ne saurait produire d'effets à son égard, mais elle en produit entre le vendeur et l'acheteur. Si donc Saïd a vendu une maison à Ali, et si le chafi après avoir racheté d'Ali cette maison y découvre des tombeaux qui existaient déjà lors de la vente de Saïd à Ali, il pourra exercer contre Ali l'action de vices cachés, sans qu'Ali puisse rien contre Saïd. Ceci parce que

la novation a éteint son recours ; c'est donc que la novation a été valablement faite, sans quoi elle ne produirait pas d'effets entre Saïd et Ali, et ce dernier aurait l'action des vices cachés qui découlait de la vente dans sa forme première (1).

La même chose se produit dans l'hypothèse de résiliation pour cause de non connaissance de l'immeuble vendu, même dans le cas où l'acheteur avait fait abandon de ce droit (2).

De même lors de revendication. Ceci explique une phrase peu claire de Khalil: « La garantie est à la charge de l'acheteur (3). »

A l'argument tiré des risques nous répondrons que la solution est susceptible d'une autre explication. Il y a simplement application de la règle que le chafi doit payer le prix indiqué à la vente, et non pas la valeur de l'immeuble. Celle-ci n'intervient nullement dans la fixation de la somme à solder par le chafi. Il faut d'ailleurs distinguer entre l'immeuble lui-même, c'est-à-dire le fonds de terre, et l'accessoire de l'immeuble, c'est-à-dire les maisons, les arbres.

1. Hedaya, 553; Morchid al Haïran, art. 126.

2. Morchid al Haïran, art. 126. Ceci explique une phrase de El Nawawi: « La propriété ne se transfère jamais, si dans un immeuble, il s'agit d'une portion que le préempteur n'a pas encore vue. » C'est-à-dire, le droit d'option est conservé, il faut admettre qu'il y a eu partage de jouissance.

3. Perron, IV, 453.

La perte par cas fortuit des accessoires n'influe en rien sur la fixation du prix. C'est ainsi que « le préempteur devra rembourser à l'acheteur tout le prix lorsque la maison aura été détruite ou bien lorsque les arbres auront été séchés sans la faute de personne »(1). Remarquons que si l'immeuble lui-même, le fonds de terre, avait péri, la chefâ ne pourrait avoir lieu, faute d'objet. Par ailleurs, Kadri Pacha nous dit : « Si une partie de la terre achetée périt par suite d'une inondation ou de toute autre cause, la valeur de cette partie devra être déduite du prix dû par le préempteur (2). » Comment expliquer cette solution ?

En rite hanefi, les accessoires ne peuvent se vendre qu'en même temps que le fonds : ce sont des biens de second ordre : l'immeuble qui les supporte est seul important. Par ailleurs la destruction de cet immeuble ou de ces plantations n'empêche pas le terrain d'exister, par suite le voisinage ou la copropriété. Tandis que la perte d'une partie de l'immeuble lui-même frappe le véritable objet de la chefâ. Il se peut que ce soit à cause du changement dans l'objet lui-même de la chefâ que la solution ait été établie. Le voisinage peut être détruit. Du moment que l'on refuse la chefâ à l'ex-voisin à cause du

1. Morchid al Haïran, art. 132.

2. *Eod loc.*, art. 133; Cf. Hedaya, 557.

manque actuel d'une des conditions d'ouverture du droit, on peut admettre aussi qu'il y a une calamité suffisante pour changer les conditions de la chefâ. On a pu se laisser entraîner à apporter un changement à la fixation du prix. Peut-être aussi est-ce à cause d'une autre considération; celle que les conditions de rachat de la chose qui importe le plus, le fonds de terre, sont devenues trop onéreuses. En fait, cette solution est équitable, même dans le rite maleki qui admet la chefâ des accessoires vendus séparément du fonds. C'est qu'en effet si la maison a été détruite par un incendie ou les arbres séchés, l'objet de la chefâ, c'est alors du bois sec, ou les débris de la maison. A cause de la grande différence de valeur, le chafi n'exercera pas son privilège: il vendra en commun avec l'acheteur les matériaux dont il est copropriétaire, ou en fera le partage. Cette vente ou ce partage détruira la copropriété. La chefâ n'aura plus sa raison d'être.

Je sais bien que le rite maleki donne pour but à la chefâ d'éviter le partage. Mais bois mort ou matériaux de constructions non accessoires d'un fonds sont-ils classés dans les choses susceptibles de chefâ? Non. S'il s'agit maintenant d'une récolte produite en commun qui brûle: ou l'incendie aura tout détruit, et l'objet de la chefâ aura disparu; ou non. Dans ce cas, ou la perte aura été minime et le chafi aura encore intérêt à exercer son privilège, ou elle aura été

forte et alors les conséquences pécuniaires d'une non concordance d'opinions chez les vendeurs copropriétaires seront considérablement amoindries et le chafi n'exercera pas son privilège.

Ainsi expliquons-nous la question des risques.

Qu'il nous suffise d'ajouter en faveur de notre théorie que « les fruits et produits de la chose appartiennent à l'acheteur (1). »

Les documents que nous avons sur les Chiïtes sont encore plus probants.

1. Khalil, Perron, IV, 455.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

Le rite chiite est très probant en faveur de notre théorie. Mêmes règles pour les fruits, les risques, les actes faits par l'acquéreur sur le mehfou (1).

Mais là où El Mohekik est surtout intéressant, c'est quand il nous montre que le chafi ne saurait s'adresser qu'à l'acquéreur, lorsqu'il veut exercer son privilège : « Le copropriétaire préempteur ne peut recourir que contre l'acquéreur (qui demeure responsable envers le vendeur) et non contre le vendeur. Dans le cas où la part faisant l'objet de la vente se trouverait encore aux mains du vendeur, le préempteur peut mettre l'acquéreur en demeure de s'en saisir ou d'y renoncer, mais, cependant, sans pouvoir le contraindre, s'ils'y refuse, à en prendre livraison. Dans ce cas, le préempteur est substitué à l'acquéreur qui pourtant demeure responsable envers le

1. Querry, 281, n^{os} 64, 65, 69 ; 282, n^o 74.

vendeur (1). » Ces derniers mots nous prouvent que le terme substitué doit être pris dans un sens large. A la vérité, il n'y a là qu'une complication dans la transmission de la possession, et non dans le transfert de la propriété.

D'ailleurs El Mohekik réfute la théorie généralement suivie en termes exprès : « Le copropriétaire préempteur ne peut annuler la vente ; ainsi, toute convention par laquelle le préempteur déclare annuler la vente, pour se rendre acquéreur direct est illégale » (2) ; et plus loin : « la résiliation de la vente faite entre le préempteur et l'acquéreur est nulle, la vente ne pouvant être résiliée que par les deux parties contractantes » (3). On ne peut en termes plus clairs nier l'effet rétroactif de la chefâ.

RITE ABADI

Aucune particularité.

1. *Eod. loc.*, 281, n^{os} 66, 67.

2. *Eod. loc.*, 281, n^o 68.

3. *Eod. loc.*, 284, n^o 87.

CHAPITRE VI

Questions de preuve

Les auteurs musulmans ont coutume de donner quelques préceptes relativement à la preuve.

C'est au demandeur de faire la preuve, c'est-à-dire au chafi : « Si quelqu'un ayant droit au retrait, prétend que la part a été vendue, et qu'on soutienne qu'elle a été acquise à titre gratuit, il doit fournir la preuve de ce qu'il avance (1). » La présomption est en effet en faveur de l'acheteur, que ce soit l'achat, la qualité de copropriétaire ou le prix qui soit en litige (2). Car c'est le chafi qui porte plainte contre l'acheteur, mais non l'acheteur contre le chafi, qui a la liberté d'exercer son droit ou non sur la chose en question (3).

Ceci entraîne que l'acheteur soit obligé au serment (4). On s'en rapportera à son affirmation confir-

1. Tohfât, 503, v. 938 et 939.

2. Minhadj, II, 127.

3. Hedaya, 553.

4. *Eod. loc.*, 553; Tohfât, 503, v. 939.

mée par serment, si sa prétention ne s'éloigne pas de la vraisemblance ; lorsque la déclaration de l'acheteur ne peut être acceptée on s'en rapportera à celle du chafi. Si ni l'un ni l'autre ne déclarent un prix qui soit dans les limites rationnelles, il y aura lieu à évaluation (1).

Car il n'y a en matière de serment que l'aveu de l'acheteur ou l'affirmation du vendeur premier qui fasse preuve complète (2).

1. Khalil, Perron, IV, 460 et 461 ; Tohfât, 501, v. 935 et 936.

2. Khalil, Perron, IV, 441 ; Minhadj, II, 127.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

Il ne ressort du chapitre V de la chefâ d'El Mohekik (1) qu'une seule dérogation aux règles sunnites : c'est que « le témoignage du vendeur en faveur de l'une ou de l'autre des parties ne peut être admis » (2).

RITE ABADI

Aucune dérogation au droit commun sunnite. En particulier les Abadis admettent que l'affirmation sous serment du vendeur fait preuve complète.

Au surplus nous renvoyons à ce que nous avons dit au sujet du prix.

1. Query, p. 291.

2. *Eod. loc.*, p. 291, n° 121.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT MODERNE OU LOCAL

CHAPITRE PREMIER

Législations musulmanes codifiées : Turquie, Egypte

SECTION I. — *Turquie* (1).

Le droit de chefâ (en Orient chufâ) a été réglementé par la Medjellat. Le Code civil ottoman, on le sait, se rattache au rite hanefi. Nous avons indiqué en étudiant le droit classique quels partis la Medjellat prenait dans les controverses. Rien dans cette législation d'anormal.

Mais le Code civil ne s'applique qu'aux biens mulk. L'article 46 du Code des terres dispose qu'il n'y a

1. Voyez : Nedjib, H. Chiha. *Traité de la propriété immobilière en droit ottoman*. Le Caire, 1906 ; Padel et Steeg. *De la législation foncière ottomane*, Paris, 1904.

pas lieu à chefâ à l'égard des terres domaniales, ou terres mirri (1).

Il n'est pas dans notre intention d'approfondir le droit de préférence établi pour ces terres par les articles 41, 42, 44, 45 et 49 du Code des terres. Ceci est du droit turc et non du droit musulman. Le privilège de rachat qui existe à l'égard des terres domaniales dérive non pas de la chefâ, mais des coutumes locales, de la protimesis byzantine, même dans ses dispositions fiscales. Notre intention est simplement de signaler les différences entre cette institution et le droit de chufâ.

Ce droit de préférence établi par le Code des terres est donné :

1° Au copossesseur de la terre, ou copossesseur d'un droit réel sur la terre concédée (article 41) ;

2° Au propriétaire d'installation mulk se trouvant sur cette terre (article 44) ;

3° Aux habitants d'un même village. Ce droit n'existe pas à l'égard des vastes domaines. Cependant dans diverses régions les métayers ont un droit de préférence en cas de vente du domaine faite aux enchères ou de gré à gré.

1. La terre mulk est celle qui fait l'objet d'un droit de pleine propriété. D'après l'art. 3 du Code des terres, les terres mirri ou domaniales comprennent les prairies, pâturages et autres terres dont la propriété appartient à l'État, et dont celui-ci confère la possession.

On doit signaler les points suivants :

1° Le prix à payer est celui de la valeur réelle de l'objet vendu (article 41 du Code des terres) ;

2° Ce droit s'exerce même en cas de transfert à titre gratuit (article 41) ;

3° Délai préfixé n'admettant aucune suspension de cinq ans pour la première classe de privilégiés (article 41) ; un an pour la seconde (article 45) ; dix ans pour la troisième (article 44) ;

5° Ce droit passe aux héritiers (article 41) ;

6° S'il y a plusieurs copossesseurs, partage par têtes.

SECTION II. — *Égypte* (1).

L'Égypte se rattache aussi au rite hanefi. La matière est réglée à l'heure actuelle par un décret en date du 26 mars 1900, abrogeant les articles 93 à 101 du Code civil et 719 du Code de procédures mixtes, et promulguant une loi spéciale sur le droit de préemption.

Cette loi a innové en matière de chefâ. Voici en quoi. Nous ne pouvons être plus concis qu'en citant les articles eux-mêmes :

Article premier. — Le droit de préemption appartient :

1. Nasralla, *op. cit.* Codes des tribunaux mixtes d'Égypte précédés du règlement d'organisation judiciaire (s. n.) ; Alexandrie, 1907.

1° Au copropriétaire indivis de l'immeuble vendu.

2° Au propriétaire voisin dans les cas suivants :

S'il s'agit de constructions ou de terrains destinés à être bâtis, situés dans une ville ou dans un village ;

Si pour le service du terrain vendu, une servitude est établie sur le terrain du propriétaire voisin ou si celui-ci a un droit de servitude sur le terrain vendu ;

Si les deux terrains sont contigus de deux côtés et que la valeur de celui du préempteur représente au moins la moitié de la valeur de l'autre.

Art. 2. — Est considéré comme copropriétaire celui qui a un droit d'usufruit sur tout ou partie de l'immeuble vendu.

Il peut exercer le droit de préemption si le nu-propriétaire ne l'exerce pas lui-même.

Art. 3. — Il n'y a pas lieu à préemption... S'il s'agit de vente entre ascendants et descendants, entre mari et femme ou entre parents jusqu'au troisième degré.

Art. 7. — En cas de concours entre plusieurs préempteurs, le droit de préemption appartient :

En premier lieu, au nu-propriétaire ;

En deuxième lieu, au copropriétaire indivis ;

En troisième lieu, à l'usufruitier ;

En quatrième lieu, au propriétaire voisin.

S'il y a concours de plusieurs nu-propriétaires, copropriétaires ou usufruitiers, le droit de préemption

appartiendra à chacun d'eux dans la proportion de ses droits.

Entre voisins, la préférence appartiendra à celui qui peut retirer de la préemption un plus grand avantage pour son fonds.

Art. 9. — Lorsque l'immeuble sujet à préemption aura été revendu avant qu'aucune déclaration de préemption n'ait été faite et transcrite comme il est dit à l'article 14 qui suit, l'action en préemption ne pourra s'exercer que contre le deuxième acquéreur et suivant les conditions de son contrat.

Art. 10. — Si, avant la déclaration de préemption, l'acquéreur a fait des constructions ou des plantations sur l'immeuble, le préempteur est tenu de rembourser, suivant l'option de l'acquéreur, soit la somme dépensée, soit le montant de la plus-value que ces constructions ou plantations ont apportées à l'immeuble. Si les constructions ou plantations sont faites postérieurement à la déclaration de préemption, le préempteur peut exiger qu'elles soient enlevées. S'il préfère les garder, il n'est tenu qu'au paiement des matériaux et de la main-d'œuvre ou au remboursement des frais de plantations. Néanmoins, les dépenses nécessaires pour la conservation de l'immeuble devront toujours être remboursées à l'acquéreur préempté.

Art. 12. — Sont sans effet à l'égard du préempteur les inscriptions hypothécaires et les affectations spéciales prises contre les acquéreurs de même que tou-

tes les ventes et tous autres droits réels par lui consentis ou acquis contre lui, postérieurement à la date de transcription qui devra être faite de la déclaration de préemption, conformément à l'article 14 ci-après. Néanmoins, les créanciers privilégiés ou hypothécaires conserveront leurs droits de préférence sur le prix de l'immeuble revenant au préempté.

Art. 14. — Celui qui voudra exercer le droit de préemption devra en faire la déclaration par un acte d'huissier signifié tant au vendeur qu'à l'acheteur. Cet acte contiendra l'offre du prix de ses accessoires.

Pour produire ses effets au regard des tiers, cet acte devra être transcrit au bureau des hypothèques du tribunal mixte de la situation des biens.

Le reste de l'article régleme cette transcription.

Art. 22. — Dans tous les cas, le droit de préemption est prescrit contre tous préempteurs à l'expiration du délai de six mois à partir du jour de la transcription de l'acte de vente.

Cette transcription court même contre les incapables et les absents.

CHAPITRE II

Tunisie (1)

Le régime foncier de la Tunisie est devenu double en vertu de la loi du 1^{er} juillet 1885. Cette dualité foncière nous oblige à étudier la chefâ séparément pour les deux catégories d'immeubles : les immeubles non immatriculés auxquels s'applique le droit musulman modifié en certains points par la coutume locale ; les immeubles immatriculés, pour lesquels les articles 77 et suivants de la loi de 1885 ont établi l'institution dite de la préemption.

SECTION I. — *Droit indigène tunisien.*

C'est la loi musulmane qui s'applique aux immeubles non immatriculés.

Mais la coutume tunisienne y a introduit une pro-

1. Bibliographie : Tilloy. *Répertoire alphabétique de jurisprudence, de doctrine et de législation algériennes et tunisiennes*. Alger, 1889 ; P. Zeys. *Code annoté de la Tunisie*, Nancy, 1901, et suppléments annuels.

cédure spéciale suivie, quel que soit le rite dont il s'agit (1). Le chafi, dès qu'il a eu connaissance de la vente, doit déclarer par acte notarié son intention d'exercer la chefâ, et faire procéder à la délimitation de la propriété vendue afin d'établir son droit de propriétaire contigu, si le fondement de son privilège est le voisinage. Il adresse requête au cadi afin d'obtenir l'autorisation pour le notaire de dresser l'acte de chefâ. Il consigne immédiatement ou dans le délai très bref imparti par le cadi le montant total du prix de vente.

SECTION II. — *Loi de 1885.*

« La préemption, dit l'article 77, est le droit reconnu à tout propriétaire indivis d'un même immeuble, à tout cohéritier sur les immeubles de la succession, à tout copropriétaire divis d'une maison d'habitation, au superficiaire pour l'acquisition du sol et au propriétaire du sol pour l'acquisition de la superficie, d'acquérir la portion vendue à un tiers, en se substituant à cet acquéreur, moyennant le remboursement du montant de la vente avec le prix des améliorations et les loyaux coûts du contrat. » La lecture de cet article montre que la loi immobilière ne suit aucun des rites musulmans.

1. Cf. Paul Zeys, *op. cit.*, II, 898, en note.

Il en est de même s'agissant du conflit entre plusieurs préempteurs. Après avoir décidé en effet que le droit de préemption s'exercera dans l'ordre suivant : 1° propriétaire du sol vis-à-vis du superficiaire et réciproquement ; 2° les cohéritiers ; 3° les copropriétaires divis ou indivis, l'article 78, soucieux de conserver en Tunisie le système de la grande propriété, ajoute : « Pour ces deux dernières catégories, celui qui a la part la plus considérable sur l'immeuble sera préféré à celui qui a une part moindre ; en cas d'égalité le sort décidera entre ceux qui veulent bénéficier de la préemption ; les contestations sont réglées par un expert désigné sur ordonnance par le président du tribunal ; le tirage au sort est fait devant le greffier qui en dresse acte (1). »

Le préempteur doit faire notification à l'acquéreur de l'immeuble dans le délai de huitaine augmenté du délai des distances, sans que ce délai puisse jamais être supérieur à deux mois à partir du jour où ils ont eu connaissance de la vente. Ils doivent, en même temps, faire offres réelles de rembourser à l'acquéreur son prix d'acquisition, ainsi que la valeur des améliorations et les frais et loyaux coûts du contrat (2).

Une sorte de purge spéciale est organisée en faveur

1. Art. 79 de la loi de 1885.

2. Art. 80, *eod. loc.*

des acquéreurs d'immeubles qui, après inscription de leur droit, notifient leur acquisition à tout préempteur, lequel sera déchu de son privilège s'il ne l'exerce dans le même délai que celui de l'article 80 (1).

Enfin dans tous les cas, le droit de préemption se prescrit par six mois à partir du jour de la vente (2).

1. Art. 81, *eod. loc.*

2. Art. 82.

CHAPITRE III

Algérie

Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur l'utilité ou les bienfaits de la chefâ en pays purement musulmans, la question n'est pas aussi pressante que lorsqu'elle se pose pour une colonie ou une possession d'influence européenne située en terres musulmanes. Dans ce droit propre aux colonies, règle hybride tantôt acceptant dans une large mesure la coutume ou le droit indigène, tantôt faisant prédominer la loi d'Europe, suivant les besoins de la colonisation, quelle sera la part faite au droit musulman en matière de chefâ, question urgente ainsi que toutes celles qui étudient le régime terrien ? Car le régime terrien est le grand souci du législateur colonial. Pour avoir des colons il faut leur fournir des terres, tout au moins leur en rendre l'acquisition facile et sûre. Il faut que l'acheteur traitant avec des indigènes soit certain dès le jour du contrat qu'il restera propriétaire définitif du domaine dont il est devenu acquéreur, que rien ne l'obligera à transporter ailleurs

sa famille et son feu. Il faut nécessairement supprimer les entraves à la libre disposition des terres qui peuvent résulter de la loi indigène. Or la chefâ est certainement une de ces entraves. Jamais le colon, étranger au pays, ne saura s'il ne se présentera pas après la vente un chafi pour réclamer son privilège et le déposséder. En sorte que les émigrants ne feront pas de culture pour ne pas s'exposer à vivre une vie errante à la recherche d'une terre sans chafi.

Cependant une autre considération s'élève en face de la première: détruire le moins possible les bases de la société indigène. Si celle-là semble être au premier abord la seule intéressant le colon, tandis que celle-ci paraît être de l'intérêt uniquement de l'indigène, il n'en est rien. La chefâ répond à une nécessité sociale chez les musulmans. Non pas que nous ayons en vue la vieille idée, celle des Hanefis: établir un système politique reposant sur la puissance des groupements familiaux. L'idée à laquelle nous pensons est celle plus moderne donnée comme fondement par les autres rites: le danger du partage. Dans beaucoup de pays musulmans, la vie individuelle n'existe pas très généralement en dehors des villes: la vie en commun, en famille, ou en tribu, est une nécessité. En Algérie, par exemple, même dans les régions où les terres ont été francisées, c'est-à-dire au point de vue économique attribuées d'une

manière certaine à tel propriétaire déterminé, il se fait très peu de partages après décès et les indigènes restent dans l'indivision pendant plusieurs générations. Avec le système compliqué des successions musulmanes ils en arrivent presque jusqu'à oublier la quote-part exacte de leurs droits respectifs sur la terre de la famille. Si l'on supprime la chefâ, un étranger peut s'introduire dans cette indivision. Sans parenté ni alliance, ni lien aucun avec ses copropriétaires, séparé d'eux par sa race, son éducation, toute son hérédité sociale, l'étranger, le colon, demandera le partage.

C'est le mal signalé par trois des imams que l'on va généraliser et répandre partout. Encore si la ruine des uns ne préjudiciait pas aux autres. Mais l'œuvre de colonisation en pâtira. Jeter brusquement et sans ménagement des populations d'un État dans un autre n'est pas sans inconvénient pour l'ordre public. Tels, qui vivaient avec d'autres sur une terre, peuvent lors de la détermination de leurs droits se trouver propriétaires d'une parcelle insuffisante pour assurer leur existence, trop heureux encore si les frais de partage et de licitation ne leur ont pas enlevé toute leur part. C'est que dans cette communauté qui existait avant le partage, si la base juridique était l'indivision, au point de vue de la réalité économique il y avait quelque chose de semblable à une collectivité. Non pas qu'il y eût inconscience de l'état juridi-

que, car celui qui avait des droits plus élevés savait se faire donner une part plus élevée des bénéfices, à peu près en rapport avec ses droits. Mais souvent on laissait par charité vivre sur cette terre celui qui n'aurait pu vivre sur sa part divisée. Si l'on partage tous ceux dont nous venons de parler, ou s'il y a licitation, tous ceux qui n'auront pu trouver à acheter une autre terre vont augmenter la classe des mesquines de ceux qui n'ont rien, qui errent, et qui, outre qu'ils sont économiquement une classe regrettable, se trouvent être également une cause d'insécurité en même temps qu'un foyer d'épidémies. On l'a bien vu en Algérie, lors de la crise produite par de trop nombreuses licitations, crise qui a fait voter la loi de 1897.

Donc, d'un côté suppression, tout au moins dans les relations entre indigènes et Européens, d'un autre maintien de la chefâ.

C'est dans l'Afrique du Nord que le problème a été le plus difficile. On peut même dire que c'est là seulement qu'il s'est posé d'une manière sérieuse. Nulle part ne s'est élevé un conflit aussi aigu entre la loi européenne et la loi musulmane en matière de chefâ. L'Angleterre comme l'Allemagne et les Pays-Bas n'ont pas, semble-t-il, éprouvé les mêmes difficultés que la France.

Si l'Angleterre dans certaines parties de l'Inde a des sujets musulmans, elle y a aussi des Indous. Les

populations musulmanes sont hanefis ou imamis, c'est-à-dire qu'elles se rattachent à deux rites admettant que l'on puisse par des moyens détournés annuler le droit de chefâ et pratiquant ces procédés. D'ailleurs l'Inde n'est pas une colonie de peuplement. En sorte que le conflit était presque théorique, tout au moins fort atténué, et que l'on a pu facilement supprimer le privilège, le laissant subsister toutefois dans les transactions entre musulmans (1).

Dans les territoires allemands, les musulmans des chafeis admettent aussi que l'on puisse tourner la loi. L'Allemagne a étendu purement et simplement le droit de la Prusse, puis de l'Empire. S'il y a eu des difficultés, elles tiennent au système général terrien (2).

La Hollande n'a pas eu à se poser la question à Java (3).

1. Voyez: Whitley Stokes. *The Anglo-Indian Codes*. Oxford, 1887-1888; Roland Knyvet Wilson. *An introduction to the study of Anglo-Muhammadan law*. London, 1894.

2. Cf. Dr. Fritz Seebach. *Grundzüge der Rechtspflege in den deutschen kolonien*. Bonn, 1894; Stengel. *Die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete*, Tübingen und Leipzig, 1901; et pour le texte des ordonnances: Zorn. *Kolonial Gesetz Gebung*, Berlin, 1901.

3. « L'Islam n'est qu'un vernis, le droit musulman n'est appliqué la plupart du temps qu'au mariage et souvent aussi aux héritages. D'ailleurs il est inconnu des indigènes, même de la plupart des prêtres. Il y en a bien un par-ci par-là qui l'a appris à l'Université du Caire où il y a fondation pour les Javanais, mais ils consti-

La France au contraire, a voulu faire du peuplement dans un pays agricole, où prédominait la vie en commun chez les indigènes, rattachés à un rite défendant absolument de tourner la loi. Sauf dans quelques grandes villes d'Algérie où l'on trouve des Hanefis, tous les musulmans sont adeptes du rite maleki, qui défend absolument de tourner la loi. Les populations du Moghreb qui ne sont pas sunnites, les Abadis, et celles qui ne sont qu'à demi islamisées et ont conservé des coutumes locales, les Kabyles, sur ce point sont d'accord avec les Malekis.

SECTION I. — *Droit indigène.*

Les rites suivis en Algérie sont le rite maleki et le rite hérétique abadi. On trouve aussi quelques Hanafis.

Concernant ces deux rites aucune particularité n'est à signaler.

Mais il existe chez les populations kabyles des coutumes, sans lien aucun avec la loi musulmane, qui offrent cependant une institution semblable à la chefâ musulmane.

Nous n'avons pas l'intention de recommencer l'ex-

une exception bien rare. » Winckel. *Essai sur les principes régissant l'administration de la justice aux Indes orientales hollandaises*, 119. Amsterdam et Samarang, 1880.

posé parfait des coutumes kabyles déjà fait dans l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux (1). Nous n'exposons que les points principaux et les différences avec le droit musulman.

Ce droit, appelé aussi habituellement par le mot arabe *chefâ*, s'applique en Kabylie non seulement en matière immobilière mais encore en matière mobilière.

S'agissant de meubles il s'applique :

1° Aux animaux vivants et aux esclaves ;

2° Aux provisions de bouche qui se conservent et qui n'ont pas été vendues sur un marché ;

3° Aux objets d'industrie de valeur élevée, tels que harnais, vêtements, livres, etc.

Ce droit n'existe qu'en faveur des copropriétaires ou associés non commerçants.

S'agissant d'immeubles le droit appartient d'abord au copropriétaire, puis au cohéritier, aux parents dans l'ordre de successibilité aux gens de la *Kharouba*, aux habitants du village, aux membres de la confédération. Mais il n'est pas habituel qu'on exerce le droit de la tribu ou de la confédération.

Sauf au cas de copropriété, le Kabyle qui n'habite pas en Kabylie ou n'y a pas de biens est déchu de son droit qu'il recouvre s'il revient y demeurer.

La minorité suspend le délai de *chefâ*. Devenu

1. *La Kabylie et les coutumes kabyles*. Alger, 1893.

majeur, le mineur peut user de son droit si son tuteur a lésé ses intérêts par fraude ou négligence.

La femme *sui juris* peut exercer la chefâ si elle est copropriétaire, jamais dans les autres cas.

Il est possible de céder son droit.

Le délai pour exercer la chefâ est en général de trois jours pour les présents. Quant aux absents on leur refuse souvent la chefâ. Certaines tribus ont établi une série de délais calculés d'après la distance.

La chefâ n'existe qu'en matière de vente. Le prix doit être payé dans les mains du vendeur primitif si l'acheteur n'a pas encore payé.

L'acheteur a droit aux fruits ; aux dépenses d'entretien seulement s'il ignorait le droit de chefâ.

Toute collusion tendant à annuler le droit de chefâ est interdite.

SECTION II. — *Législation algérienne* (1).

Le sort de la chefâ s'est vu lié à la réglementation des lois sur la propriété foncière.

On se trouvait en face, d'une part, de terres appar-

1. Tilloy, ouvrage cité ; Charpentier. *Précis de législation algérienne et tunisienne*. Alger, 1899 ; Pouyanne. *La propriété foncière en Algérie*. Alger, 1900 ; Larcher. *Traité élémentaire de législation algérienne*. Paris, Alger, 1903 ; Girault. *Principes de colonisation et de législation coloniale*, tome III, Algérie et Tunisie. Paris, 1908.

tenant à des indigènes sur lesquelles portaient des droits antérieurs conformément à la loi musulmane, et, d'autre part, d'acheteurs européens, ne connaissant que la loi française. Ainsi toutes les lois sur la propriété eurent-elles deux buts : définir les règles applicables pour les transactions entre Européens et indigènes ; établir des titres pour la propriété.

C'est dans la première catégorie de règles que se trouvent les dispositions relatives à la *chefâ* :

Jusqu'en 1844 il n'y eut rien. C'est l'ordonnance de 1844 qui pose le principe qu'entre Européens et indigènes la loi applicable est la loi française.

Mais la première loi qui s'occupe de la *chefâ* est celle du 16 juin 1851.

Son article 16 conserve le principe de la personnalité des lois ; entre indigènes, la loi applicable est la loi indigène, entre toutes autres personnes c'est le Code civil. Entre individus de statuts différents, loi française. L'article 17 dit : « Aucun acte translatif de la propriété d'un immeuble appartenant à un musulman au profit d'une autre personne qu'un musulman ne pourra être attaqué pour cause d'inaliénabilité fondée sur la loi musulmane. » Mais aussitôt l'article 17 faisait exception pour le droit de *chefâ* : « Toutefois, dans le cas de transmission par un musulman à toute autre personne d'une portion d'immeubles indivis entre le vendeur et d'autres musulmans, l'action en retrait, connue sous le nom de droit

de chefâ dans la loi musulmane, pourra être accueillie par la justice française et le retrait être autorisé ou refusé selon la nature de l'immeuble et les circonstances » ; les tribunaux avaient donc ainsi pouvoir discrétionnaire pour autoriser ou refuser la chefâ. D'ailleurs on ne distinguait nullement entre acquéreurs musulmans et acquéreurs non musulmans. Les tribunaux étaient libres d'agir selon les circonstances. On leur laissait le soin de décider d'une manière ou d'une autre suivant qu'ils croyaient le rachat conforme ou non à l'intérêt général, suivant que la vente avait été faite à un colon ou à un spéculateur.

Ce système dura jusqu'en 1873. La loi du 26 juillet 1873 fut votée à une époque de réaction contre la politique indigène de l'Empire. Les esprits étaient tournés vers la colonisation et l'assimilation.

La loi de 1873 conserve le système de la personnalité des lois en matière de transmission immobilière. Entre individus de statuts différents la loi française est applicable. Quant au droit de chefâ l'article 1^{er}-3^o porte : « Le droit réel de chefâ ne pourra être opposé aux acquéreurs qu'à titre de retrait successoral par les parents successibles d'après le droit musulman, et sous les conditions prescrites par l'article 841 du Code civil. »

Mais la loi de 1873 a établi, à côté du système de la personnalité, un système dérivant du statut des terres, c'est-à-dire en établissant le système des ter-

res francisées, terres soumises à la loi française quel que soit le statut de leur propriétaire.

Sont francisés : 1° les terres qui ont fait l'objet des titres délivrés en exécution de l'ordonnance de 1846, et par voie de conséquence, les terrains situés dans les localités que l'article 1^{er} de cette ordonnance dispense des mesures de vérification qu'elle prescrit, et les terres qui ont fait l'objet de titres délivrés en exécution des opérations de cantonnement ou en exécution de la troisième opération prévue par le sénatusconsulte de 1803 (ces terres se trouvent francisées depuis la promulgation de la loi de 1873); 2° les terres qui ont fait l'objet de la procédure de constitution de la loi de 1873; 3° les terres dont la propriété est établie par un acte administratif ou notarié (à partir du jour où la loi de 1873 est devenue exécutoire si l'acte est antérieur à la loi, à partir du jour même de l'acte dans le cas contraire); 4° les terres dont la propriété est établie par un jugement rendu en matière française par les tribunaux français.

La portée d'application de la loi de 1873 n'est donc pas générale. Elle ne s'applique qu'au Tell et aux immeubles francisés. Si l'on bâtit toutes les hypothèses qui peuvent se présenter on trouve : Première hypothèse : vente de droits indivis dans un immeuble non francisé par un musulman à un autre : c'est la loi musulmane qui doit être suivie. Deuxième

hypothèse : vente de droits indivis dans un immeuble non francisé par un musulman à un Européen : la loi de 1873 est applicable dans le Tell. Troisième hypothèse : l'immeuble dont il s'agit est un immeuble francisé et la vente a été faite par un musulman à un autre musulman : loi de 1873. On avait demandé la suppression de la chefâ. Mais on n'avait aucune raison de le faire dans le cas où la législation française permettait d'exercer le retrait successoral.

De sorte que la chefâ ne peut plus être exercée que dans les cas d'une indivision née de la dissolution successorale, et que par un cohéritier à l'encontre d'un acquéreur de droit étranger. Il faut remarquer que les dispositions du droit français ne s'appliquent que pour l'exercice, par exemple : les délais. Mais les conditions de fonds restent soumises à la loi musulmane ; ainsi pour savoir qui est héritier.

La loi de 1873 a manqué son but, on le sait. Dans la matière qui nous occupe, elle donna lieu à des licitations dont les conséquences furent souvent funestes aux indigènes. A côté des matières que nous étudions, la loi de 1873 s'occupait de constituer la propriété indigène. Les titres du commissaire enquêteur ont bien donné la certitude qu'on leur demandait, mais ils ne mettaient pas fin à l'indivision. Au lieu d'attribuer à chacun son lot, elle ne faisait que déterminer la quote-part idéale de chacun. Pour sor-

tir de cette indivision, il fallait nécessairement qu'il y eût licitation.

La loi du 28 avril 1887 voulut remédier aux inconvénients de la loi de 1873. Elle prescrivit aux commissaires enquêteurs le partage entre familles des immeubles commodément partageables (art. 3), et organisa une procédure simplifiée pour les immeubles devenus français lors du partage pour la première fois.

Cette loi n'ayant pas paru suffisante, on en vota une autre en 1897.

La loi du 16 février 1897 a établi une institution appelée par la doctrine nouveau droit de chefâ. La lecture de l'article 17 suffit à elle seule pour connaître cette institution, sauf en ce qui concerne la portée d'application de cet article 17.

Art. 17. — Lorsque le partage ou la licitation d'un immeuble rural, dont la moitié au moins appartient à des indigènes musulmans, sera demandé soit par un copropriétaire, soit par le tuteur, curateur ou créancier de l'un des copropriétaires, le tribunal attribuera, si faire se peut, en nature, au demandeur une part de l'immeuble représentant ses droits. Si l'immeuble n'est pas commodément partageable, l'article 827 du Code civil ne sera pas applicable. Dans ce cas, le partage sera fait entre familles, et un ou plusieurs copropriétaires de la part affectée à la famille dont fait partie le demandeur auront le choix

ou d'accepter la licitation ou de lui payer une somme d'argent représentant la valeur de ses droits sur l'immeuble. A défaut d'entente amiable entre les copropriétaires de la part revenant à une même famille, cette somme sera arbitrée par le tribunal dont le jugement contiendra condamnation solidaire des défendeurs au payement de la dite somme, avec les intérêts et les frais; les jugements rendus en cette matière ne seront susceptibles ni d'opposition, ni d'appel.

C'est dans la faculté, en cas de partage impossible, d'empêcher la licitation en payant la valeur des droits sur l'immeuble de celui qui demande le partage, que les auteurs voient l'institution semblable à la chefâ, qu'ils appellent nouveau droit de chefâ.

Si l'article 17 est en général très net, sa portée d'application est très controversée. Deux théories sont en présence : l'une applique l'article 17 à toutes les terres francisées ou non francisées (pourvu cependant pour ces dernières qu'au moins un des copropriétaires ne soit pas indigène); l'autre exclut de l'application de l'article 17 toutes les terres non francisées et les terres francisées en dehors de la loi de 1873, 1887 et 1897.

Si l'on se borne à la simple lecture du texte de l'article 17 pris isolément, on est naturellement amené à conclure que la qualité d'immeuble rural s'applique à tous les immeubles ruraux possédés par

des indigènes, que ces immeubles soient soumis ou non au statut français. Mais si l'on considère que la loi de 1897 et celle de 1887 ne se sont occupées que de la constitution de la propriété et des immeubles constitués par ces seules lois, si l'on remarque particulièrement que la loi de 1897 édicte devant le tribunal civil de première instance, soit entre Européens et indigènes, soit entre indigènes seulement, une procédure de partage en opposition complète avec la législation du 16 avril 1889, sur les immeubles non soumis au statut réel français et possédés par les indigènes; si l'on remarque encore que tant pour les Européens que pour les indigènes il est absolument impossible d'appliquer cette procédure aux immeubles non soumis au statut réel français, puisqu'il faut connaître et les noms de tous les copropriétaires et la quotité de leurs droits par souches et par familles, ce qui ne se peut que par la transcription du titre français, on est conduit à écarter par ces raisons de l'application de l'article 17 les immeubles n'ayant pas que des propriétaires européens et non soumis au statut réel français.

Mais parmi les immeubles francisés une distinction s'impose :

Le législateur de 1897, comme celui de 1887, a eu deux buts : 1° la constitution de la propriété, en suivant avec des modifications plus ou moins grandes les dispositions et la procédure de la loi du 26 juil-

let 1873 ; 2° l'apport d'un remède aux inconvénients de la loi de 1873 en matière de licitation. Cette seconde idée se lit à chaque instant dans le rapport Bourlier à la Chambre des députés et notamment dans les motifs de l'article 11 de la loi du 28 avril 1887 relativement à ce qu'il faut entendre par immeubles appartenant à des indigènes. Le rapport, après avoir indiqué que l'expression s'applique aux droits des indigènes sur tous les immeubles, ajoute : « C'est la seule qui puisse être adoptée. Ce sont en effet les acquisitions faites par les Européens de parts indivises dans les immeubles soumis aux opérations de la loi de 1873, qui le plus souvent provoquent des licitations ruineuses pour les indigènes dans les conditions actuelles de la législation. Le projet de loi a précisément pour but d'apporter un remède à cette situation. » En suite de quoi furent votés les articles 11 et suivants de la loi du 28 avril 1887. « Les immeubles appartenant aux indigènes, dit l'article 11, pourront, après l'accomplissement des opérations du titre II de la loi du 26 juillet 1873, être partagés pour la première fois, suivant les formes spéciales ci-après, à la requête de tout copropriétaire, tuteur, curateur, ou de tout créancier de l'un des copropriétaires. » Cette procédure spéciale en raison de cet article 11 ne pourrait s'appliquer qu'aux terres francisées en vertu de la loi de 1873 : elle reste totalement étrangère aux immeubles soumis au statut français en vertu d'une autre cause.

La loi du 28 avril 1887 a été modifiée par celle du 16 février 1897. La question se pose de savoir si l'esprit du législateur n'a pas changé. On lit dans le rapport Pourquery de Boisserin : « La loi (du 16 février 1897) tend à élargir la possibilité d'obtenir le titre français de propriété pour les terres indigènes tout en écartant les inconvénients qu'ont paru présenter des lois de 1873 et de 1887. » Le législateur n'a pas d'autre but, nulle part dans le rapport ou dans les débats de la loi de 1897 il n'est question de terres autres que celles ayant fait l'objet des lois de 1873, 1887 et 1897, à fin de francisation. Quand le législateur parle donc des terres appartenant à des indigènes, ce sont de ces terres ainsi francisées qu'il s'agit (1).

1. Il n'y avait aucun péril pour les terres non francisées, leur état d'incertitude les mettant à l'abri de la spéculation ; non plus que des terres soumises au statut français par des titres antérieurs aux lois de 1873, 1887 et 1897, sis dans le voisinage des centres européens dont l'aliénation, le partage et la transmission successorale, sont soumis aux formes françaises conformément aux décrets de 1886. Le danger existait pour les terres francisées en vertu d'un titre du commissaire enquêteur, les « blad commission ». Le titre de commissaire enquêteur, après avoir circonscrit une parcelle de terre, attribuait cette parcelle à 25, 30, 40, quelquefois 100 et plus, copropriétaires indivis, au lieu qu'il aurait fallu à chacun indiquer son lot. Faire sortir sans les ruiner ces copropriétaires de cette indivision dont ils ne sont nullement responsables, voilà quel fut le but de la loi de 1887, but non atteint, d'où la loi de 1897. Il n'y a rien de tel pour les autres terres francisées.

Après que les articles 1^{er} et 2 de la loi de 1897 édictent que les procédures partielles ou d'ensemble des lois de 1873 et 1887 sont et demeurent abrogées, sauf continuation de celles commencées, l'article 3 s'exprime ainsi: « A compter de la délivrance de titres (de la loi de 1897) les immeubles auxquels ils se réfèrent resteront, quels que soient leurs propriétaires, soumis à toutes les prescriptions de la loi française, sauf les exceptions prévues aux articles 16, 17 et 18 ci-après. »

Du rapprochement de ces articles 1^{er}, 2, 3, 16, 17 de la loi du 16 février 1897 et de l'indication donnée par le législateur de ce qu'il entend par immeuble appartenant à des indigènes, il ne peut faire doute que l'immeuble rural dont il s'agit ne soit un immeuble rural ayant été soumis à l'application de la loi de 1897 et par conséquent à celles de 1873 et 1887. Mais il ne peut s'agir d'autres immeubles. L'article 18 de la loi de 1897 rend impossible toute interprétation tendant à comprendre dans l'application de l'article 17 tout autre immeuble francisé, puisque cet article 18 dispose que les articles 11 et suivants de la loi du 26 avril 1887 continueront à être appliqués, et que cet article 11 ne s'applique qu'aux immeubles ayant fait l'objet soit de la loi de 1873, soit de celle de 1887, et n'a d'autre but que de placer ces immeubles dans les mêmes conditions que les immeubles déjà francisés d'une autre origine.

Mais s'il s'agit des immeubles ayant fait l'objet de l'application des lois de 1873, 1887, 1897, tous ces immeubles ne sont pas soumis à l'article 17. Celui-ci ne parle en effet que des immeubles ruraux (1), il exclut les immeubles urbains.

Nous repoussons donc la doctrine qui tend à appliquer l'article 17 d'une façon générale, pour le réserver quant à nous aux immeubles ruraux fonciers en vertu des lois de 1873, 1887 1897.

1. Les seuls en effet pour lesquels existait le danger des spéculations

CONCLUSION

Toute étude entraîne une conclusion. S'agissant de la chefâ, on peut conclure à deux points de vue :

Au point de vue juridique il s'agirait de montrer quelles différences existent entre l'institution musulmane et telle autre institution, les retraits du droit français par exemple. D'aucuns l'ont fait. Je ne pense pas qu'il y ait grand intérêt à cela. La grande différence gît dans la nature de droit de rachat de la chefâ. Tout le reste n'est qu'accessoire.

La vraie conclusion c'est sur le terrain politique et économique qu'il faut la faire.

La chefâ, nous l'avons montré, est née au début de la société musulmane, au moment où la propriété individuelle était sur le point de remplacer la propriété collective d'une manière définitive.

C'est à cette époque que survient l'Islam. Cette institution, bonne à la naissance d'une civilisation, va-t-elle se trouver arrêtée dans son cours, et com-

plètement déterminée avec l’empreinte d’immuabilité propre aux choses de l’Islam ?

Dans la réglementation des quatre grands imams on retrouve les caractéristiques des quatre grands rites : le rite hanefi, le plus large d’esprit, laisse la porte ouverte aux réformes en permettant aux esprits habiles de tourner la loi ; le rite maleki dans sa sévérité s’interdit toute réforme ; les partisans de Chafeï se rallient à ceux d’Abou Hanifa, tandis que ceux d’Ahmed ibn Hanbal reviennent à l’austérité de Malek.

Or, au début les prescriptions de la loi musulmane en matière de chefâ étaient chose nécessaire, utile, et du point de vue politique, et du point de vue économique.

Longtemps la base de la société musulmane a été l’accumulation de richesses, et de richesses terriennes dans une seule main ou dans une seule famille. Cela est si vrai que certain rite a empêché l’exercice de la chefâ par un mécréant, craignant que l’ombre de sa puissance ne préjudicie à la grandeur de l’Islam.

Par ailleurs la vie en commun est une nécessité économique. On sait que la loi musulmane, tout en admettant le partage, ne le voit pas d’un regard favorable. La chefâ, comme le prétendent les Malekis, vient bien un peu compléter les règles du partage.

Tel était l'état économique et politique de la société musulmane ; tel il est encore en beaucoup d'endroits. Mais à l'heure actuelle le monde musulman s'organise à la manière des pays modernes ; la vie individuelle y remplace de plus en plus la vie en commun, en tribus.

La chefâ devient une grande gêne pour les transactions. Elle fausse les prix. Personne n'achète ce qu'il ne conservera pas. Celui-là seul achète qui restera définitivement propriétaire, mais au prix qu'il veut. La loi de l'offre et la demande est supprimée. D'où les efforts des jurisconsultes musulmans pour tourner la loi.

Dans les pays qui ont su briser le cercle d'acier de l'immutabilité islamique qui entourait le législateur, comme l'a fait l'Égypte, on va plus loin. Non seulement on ne tourne pas la loi, on la réforme. En matière de chefâ ces réformes ont abouti à la limitation des ayants droit au privilège. Il en est de même dans les pays où la législation foncière a fait sortir certains immeubles de la compétence des juges ordinaires, comme en Tunisie.

Quant aux colonies européennes, elles verront disparaître normalement cette institution avec l'envahissement du pays par la législation métropolitaine.

En sorte qu'on peut prévoir un jour où la chefâ disparaîtra.

Disparaîtra-t-elle complètement ? Assurément non .

Il sera bon de la réserver à un cercle très étroit d'ayants droit. Il est reconnu dans toutes les législations modernes que le retrait successoral n'a que des avantages. C'est à ce rôle probablement que se réduira plus tard la chefà.

Vu le Doyen
LYON-CAEN

Vu : le Président de thèse
JOBÉ-DUVAL

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

TABLE DES MATIERES

	Pages
AVANT-PROPOS.	7
INTRODUCTION. — Origines de la chefâ	12

PREMIÈRE PARTIE

Le droit classique.

CHAPITRE I. — Conditions fondant la chefâ	32
<i>Section I.</i> — Conditions quant au chafi	32
<i>Section II.</i> — Conditions quant au mehfou ou bien vendu	55
<i>Section III.</i> — Conditions quant à l'acte juridique donnant naissance au privilège	60
<i>Section IV.</i> — Contre qui s'exerce la chefâ	67
APPENDICE. — Rites hérétiques	68
Rite chiite	68
Rite abadi.	70
CHAPITRE II. — Conditions d'exercice de la chefâ	76
<i>Section I.</i> — Procédure	76
<i>Section II.</i> — Indivisi bilité d'exercice.	79
<i>Section III.</i> — Obligatio n de payer le prix	81
APPENDICE. — Rites hérétiques.	91
Rite chiite.	91
Rite abadi.	92
CHAPITRE III. — Des circonstances d'ensemencement,	

plantation, embellissement et construction faits par l'acheteur pendant sa possession intermé- diaire.	96
APPENDICE. — Rites hérétiques.	100
Rite chiïte.	100
Rite abadi.	101
CHAPITRE IV. — Fins de non recevoir nées après l'acte de transfert ou de cet acte même.	103
<i>Section I.</i> — Retard dans l'exercice du privilège .	103
<i>Section II.</i> — Renonciation	106
<i>Section III.</i> — Fins de non recevoir nées de l'acte de vente	113
<i>Section IV.</i> — Fin de non recevoir née de l'in- tention du chafi.	116
APPENDICE. — Rites hérétiques.	117
Rite chiïte.	117
Rite abadi	117
CHAPITRE V. — Nature et effets de la chefâ	119
APPENDICE. — Rites hérétiques.	130
Rite chiïte	130
Rite abadi	131
CHAPITRE VI. — Questions de preuve	132
APPENDICE. — Rites hérétiques.	134
Rite chiïte.	134
Rite abadi	134

DEUXIÈME PARTIE

Droit moderne ou local.

CHAPITRE I. — Législations musulmanes codifiées : Tur- quie, Égypte.	135
<i>Section I.</i> — Turquie	135
<i>Section II.</i> — Égypte	137

CHAPITRE II. — Tunisie	141
<i>Section I.</i> — Droit indigène tunisien	141
<i>Section II.</i> — Loi de 1885.	142
CHAPITRE III. — Algérie.	145
<i>Section I.</i> — Droit indigène	150
<i>Section II.</i> — Législation algérienne	152
CONCLUSION	164

